POR

LOS TESTAMENTARIOS, y Capellanes nombrados en ſu vltimo teſtamento por el Licenciado Franciſco Manuel de Zamora, Clerigo Presbitero.

CON

El Doctor Don Iuan Oſſorio y Guadalfajara, Abogado de los Reales Conſejos; y Don Alonſo Oſorio ſu hijo, Cauallero dela Orden de Alcantara.

SOBRE

El valor de la revocacion, y nulidad de la eſcritura, que llaman las partes contrarias de Donacion, y Patronazgo, que parece otorgò en ſu fauor el dicho Licenciado Franciſco Manuel en veinte y nueue de Mayo del año paſſado de mil y ſeiſcientos y quarenta y nueue, ante Iuan Sanchez Izquierdo, Eſcriuano del Numero deſta Villa.

1 PRETENDEN los Teſtamentarios, y Capellanes ſe ha de dar, y declarar por nula la dicha eſcritura de donacion, y patronazgo, que pretenden ſe hizo en ſu fauor las partes contrarias; y por valida la reuocacion que de ella hizo en la eſcritura, y vltimo teſtamento, que el dicho Licenciado Fran-

cisco Manuel otorgò posteriormente, y en vn mismo dia, que fue en dos de Iunio de 650. ante Francisco Suarez, escriuano del Numero desta dicha Villa, y en qualquier caso auer de tener efecto el nombramiento de Capellanes, que hizo en el dicho su vltimo testamento, por oficios en los Padres Prior, Suprior, Sacristan Mayor, y Procurador General, que son, y fueren del Conuento de San Hermenegildo de Carmelitas Descalços desta Villa, y al Padre Fray Francisco de Arcos, Predicador de su Magestad, su sobrino, mientras viuiesse, ô su Magestad no lo acomodasse en mayor puesto, en lugar de vno de los dichos Religiosos nombrados. Para lo qual breuemente se supone lo que resulta del hecho.

2 Y es lo primero, que el dicho Licenciado Francisco Manuel por el dicho año de 1649. sintiendose enfermo de los continuos achaques que padecia, queriendo Christiamente preuenir, y disponer de su hazienda para despues de su vida; para hazerlo con mas acierto, llamò, y comunicò su intento al dicho Don Iuan Osorio, como a Abogado tan antiguo, y de credito, que era fundar vn Patronazgo de Legos, y memoria de Missas de toda su hazienda, para que quatro Secerdotes dixessen cada semana cada vno quatro Missas, en la parte que se huuiesse de enterrar. Y entendido desta voluntad el dicho Don Iuan Osorio, parece por la deposicion del Escriuano Iuan Sanchez Izquierdo, ante quien se otorgó la dicha primera escritura de veinte y nueue de Mayo de 1649. examinado por los mismos Don Iuan, y Don Alonso Osorio su hijo, que entrambos fueron en su coche del dicho Don Iuan Osorio a casa de el dicho Iuan Izquierdo, y le lleuaron consigo a casa del dicho Licenciado Francisco Manuel, diziendole solo, se auian de otorgar ante él vnas escrituras, sin dezirle nada de quien, ni donde, ni sobre que. Fuerõ todos juntos, con este recato, a la casa del dicho Francisco Manuel. Y auiendose cerrado con él en su quarto, cõ el mismo recato, y secreto sacò el dicho Don Alonso Osorio del pecho vnos papeles, y entregandoselos al dicho Escriuano, diziendole: Que aquellas eran las escrituras, que iban hechas, y auia de otorgar el dicho Licenciado Francisco Manuel. Y sin mas examen, ni cõferencia, las otorgò a vn mismo tiempo, que fueron, vna de Fundacion de Patronazgo de Legos, y memoria de Missas, para quatro Sacerdotes, que cada vno de ellos huuiesse de dezir quatro cada semana, en la parte, è Iglesia, Conuento, ò Capilla donde fuesse enterrado (que assi lo dize) cuyo nom-

uombramiento de Sacerdotes reseruô en si, para poderle hazer mientras viuiesse. Y para despues de sus dias nombrò por Patronos de las dichas memorias a los dicho Don Iuan, y Don Alonso Osorio, y despues de ellos, a la persona que sucediesse en su casa, y mayorazgo, fundado por el dicho Don Iuan, y su muger, con relacion del Lugar, fecha, y Escriuano ante quien le auian hecho, cō otras particularidades, que aunque deuidas a los dichos Don Iuan, y Don Alonso Osorio, se aduierten, para que no pudiendo tener noticia de ellas el dicho Licenciado Francisco Manuel, se reconozca mas fue toda disposicion de los dichos Don Iuan, y Don Alonso Osorio. Señalò Ciento y cinquenta ducados de renta a cada Capellan: los dias, y tiempos en que auian de celebrar las Missas siempre en la parte donde fuesse enterrado. La renta de los Capellanes en la hazienda que dexaua, que toda la refiriô: De toda la qual, y quanta de presente tenia, y de la demâs que al tiēpo de su muerte dexasse, hizo la dicha fundacion, queriendo que sacada la renta de las Capellanias, la demàs se empleasse tambien para dezir Missas por el, y sus encargados, a quienes las aplicò, y no teniēdo necessidad dellas, por las almas de sus deudos, y parientes, y de los dichos Patronos, y sus sucessores.

3 Y para que le sonasse al dicho Licenciado Francisco Manuel que esta disposicion era de vltima voluntad, y no le alterasse, entendiendo le prendauan en que la hiziesse irreuocable, corriendo con su intento, y condicion (que a mi me ha dicho, y cōfessado el mismo Don Iuan Osorio era muy varia, ê inconstante) le pusieron las clausulas, y visos de vltima voluntad en todo su contexto: pues entra al principio con cabeça de testamēto, y no de contrato, y donacion, diziendo: *En el nombre de la Santissima Trinidad, &c. Quiero, y es mi voluntad, que despues que la Magestad de Dios sea seruido de lleuarme a gozar de si en su santo Reyno, se funde vn Patronato de Legos, y memoria de Missas, para quatro Sacerdotes, &c.* Señala los dias en que se han de dezir las Missas, y dexa vn Aniuersario perpetuo en el dia que correspondiere al de su fallecimiento, y otro por su hermano Don Pablo de Zamora, Cura que fue de San Gines. Que se han de dezir todas las Missas en la parte, Iglesia, ò Conuento donde fuere enterrado. Todas disposiciones de futuro, y de vltima voluntad, y nada de presente, ni obligatorio. Y cumplida esta fundacion, y su testamento, pone la clausula de constituto de los dichos bienes en fauor del Patronato, y Fundacion, diziendo: *Y quiero, y consiento*

siento, que luego que yo fallezca, los interessados en la fundacion puedan tomar la possession: y en el interin pone la clausula del constituto, con juramento de irreuocabilidad, y facultad a los dichos Don Iuan, y Don Alonso Osorio, para que la puedan presentar, e insinuar ante la justicia. Y auiendo acabado con la escritura, diziendo, *En cuyo testimonio lo otorgo assi*, ponen nueuas clausulas de reserua solo del vsufruto, para su sustento, y disponer dél; y haze entrega de la escritura, y los dichos Don Iuan, y Don Alonso Osorio la acetan: con que se acaba, y otorga esta escritura, siendo solo testigos de ella tres criados de los dichos Don Iuan, y Don Alonso Osorio.

4 En la qual tambien ay clausula al principio della, sea Patronato de Legos la dicha fundacion, sin que se pueda echar subsidio, y escusado, ni otra carga, ni entrometerse en nada los Iuezes Eclesiasticos: y que si de hecho se hiziere lo contrario, se pueda conuertir la renta en otras memorias Seglares de casamiento de huerfanas, ô de Prebẽdas a otras personas, a solo simple nombramiento de los Patronos.

5 El mismo dia, y luego incontinenti, y ante el mismo Escriuano, el dicho Lic. Francisco Manuel otorgò su testamẽto; que tambien lo lleuauan dispuesto los dichos D. Iuan, y D. Alonso Osorio, en que dexa su entierro al arbitrio de los dichos Patronos; haze relacion de la dicha fundacion, y memorias, y las ratifica: dexa a su alma por heredera del remanente, y por testamentarios perpetuos a los mismos D. Iuan, y D. Alonso Osorio, cõ facultad de sostituir la testamentaria, y tomar a su mano los bienes, y venderlos a su voluntad.

6 Despues de lo qual el dicho Lic. Francisco Manuel deseando ver las dichas disposiciones, ô por mejor dezir; rezelandose dellas, y de la dicha irreuocabilidad; por auerse jactado los dichos D. Iuan, y D. Alonso Osorio la tenia el Patronato en su fauor, hizo varias diligencias, para que se las traxessen. Y auiendolo cõseguido à costa de mucho trabajo, y visto especialmẽte la dicha escritura de Patronazgo, y Donacion, que llaman las partes contrarias, y reconociendo estauan en diferente forma, que auia sido su intento, por no auerle tenido jamas de hazer irreuocable el nõbramiento de Patronos, auiendo sacado relaxacion del juramento ad cautelam, que hizo en la dicha escritura, otorgò luego otra en 2. de Iulio de 650. ante Francisco Suarez Escriuano del Numero, que està presentada; por la qual declarô, con juramento que hizo, no auer sido jamas su animo de ha-

hazer irreuocable la fundacion anterior del dicho Patronazgo, y Donacion, ni auersele leido, ni entendido las clausulas, y fuerças que mirauan a esto: y que si huuiera entendido, y advertido la dicha irreuocabilidad, de ninguna manera la huuiera otorgado con la dicha calidad. Y consiguientemente en esta escritura la reuocò, para que de ninguna manera tuuiesse efecto.

7 Y luego el mismo dia otorgò su testamento, y vltima volútad ante el mismo Francisco Suarez, en que de nueuo funda el dicho Patronato de Legos, y memoria de Missas, para que se dixessen en el dicho Conuento de S. Hermenegildo, nombrando los Capellanes que se refirieron en el num. 1. para que lo fuesse los dichos Religiosos, y gozassen dela dicha renta conforme à sus sagradas Constituciones; aplicando tambien la demás rẽta, que quedasse de sus bienes, para que perpetuamẽte en el dicho Conuento se dixessen Missas con limosna de medio ducado. Y, refiriendo la dicha primera escritura de fundacion, repite, y haze de nueuo reuocacion della, y la protesta de no auer sido su intento, ni voluntad otorgarla con irreuocabilidad, y para en caso que D. Iuan, y D. Alonso Osorio intentassen valerse de la llamada donacion, dize: Que insistiendo en la dicha reuocacion, y vsando desde luego dela reserua que en la dicha primera escritura hizo, para hazer nombramiento de Capellanes en sus dias, nombraua, y nombrô a los Religiosos que van referidos.

8 Y al otro dia, que fue 3. de Iulio de 650. auiendo tenido noticia el dicho Lic. Francisco Manuel, q̃ D. Iuan, y D. Alõso Osorio continuauan las dichas jactãcias, de que tenian derecho irreuocable al dicho Patronato, hizo pedimiento ante su predecessor de V. m. para que se les notificasse la reuocacion q̃ auia hecho del dicho Patronato, y donacion. Y en 13. del mismo mes les puso demanda de jactancia en forma, pidiendo por ella se declarasse no poder vsar jamàs, ni tener derecho al dicho Patronato los dichos D. Iuan, y D. Alonso Osorio, respeto de su nulidad, y reuocacion, y se les pusiesse perpetuo silencio en razõ dello. Y aunque se escusaron de responder, diziendo, no auia llegado el caso viuiendo el dicho Lic. Francisco Manuel. Sin embargo, por Autos de vista, y reuista se les mandò respondiessen, y lo hizieron, pidiendo se declarasse por irreuocable la escritura de Patronato hecha en su fauor, y por nula la de reuocacion, q̃ della auia hecho el dicho Lic. Francisco Manuel; el qual siguio el pleyto mientras viuiò, con grande esfuerço, quexas, vozes, y palabras de sentimiento contra los dichos D. Iuan, y D. Alõso

O sorio, diziendo le auian engañado en hazer irreuocable la dicha escritura, y que le auia de costar la vida este sentimiento. Y parece sucediô assi, pues està probado le tuuo; y muriò cō èl à 29. de Setiembre del mismo año de 50. y fue enterrado en el dicho Conuento, conforme a la disposicion de su vltimo testamēto. Y que yendole a visitar de la enfermedad de que muriò el dicho D. Alonso O sorio, le diò à èl mismo las propias quexas, con mucho sentimiento, y echandole de si con gran aspereza, diziendole, que èl, y su padre le auian engañado, y que estauā en el infierno, y a èl le auia de costar la vida. Està probado con quatro testigos.

9 Y el dia de su muerte a las ocho del dia, por auto de su predecessor de V.m. se mandò dar, y diò la possessiō de todos los bienes que quedaron del difunto a los dichos quatro Religiosos, q̄ nombrò para dezir las Missas, por si, y en nōbre del dicho Cōuento: y tambien la tomaron por si los dichos D. Iuā, y D. Alōso O sorio. Y siguiendose el pleyto en lo principal, hechas ya las probanças, en el alegato de bien probado, introduxerō los dichos D. Iuan, D. Alonso O sorio Articulo de amparo, y manutencion de la possession de los dichos bienes, con suspensiō del pleyto principal, y pronunciamiento que sobre este Articulo pidieron.

10 Y por Executoria del Consejo se amparô à los dichos D. Iuan, y D. Alonso O sorio en la possession de los dichos bienes solo hasta en cantidad de seiscientos ducados de renta, que fueron los que se aplicaron para las dichas Capellanias: y en quanto al superauit, y demàs remanente de los bienes, se amparò à los dichos Testamentarios, por auer dispuesto dellos el Licenciado Francisco Manuel, para que su renta se empleasse en dezir Missas en la Iglesia, ò Conuento donde fuesse enterrado: rōconociendo, que esto no podia tener duda (quando la pudiesse auer en lo principal del Patronato) considerandose qualquiera de las dichas escrituras, pues en todas aplicò el fundador, y testador el superauir, para que se empleasse en renta, y aquella en Missas en la Iglesia, ô Conuento donde fuesse enterrado.

11 Y tambien ay otra Executoria de el Consejo; por la qual se mandò pagar à los tres Religiosos del dicho Conuento, y al Padre F. Francisco de Arcos, que quedaron nombrados por Capellanes en el vltimo testamento del dicho Licenciado Frācisco Manuel los 600. ducados de renta de las quatro Capellanias

nias del primer año que auian dicho las Missas de ellas, sin embargo de la contradicion que hizo D. Iuan Osorio, diziendo se auian de pagar a los Capellanes nombrados por él; y aunque fue con fianças, harto reconocido está por este medio, quan por llana tuuo el Consejo la nulidad de la primera escritura de Patronato, hecha primero en fauor de D. Iuan, y D. Alonso Osorio, y que saltim no tiene duda el valor del nombramiento de Capellanes, que hizo el Lic. Francisco Manuel en los dichos Religiosos, por estar reseruado en la primera escritura, y testamento, y executado en el vltimo, nombrando por Capellanes à los dichos Religiosos.

12 Con que estando ya vencido, y executoriado el Articulo de la manutencion, este pleyto solo se reduce oy â dos Articulos, sobre que se harà este Discurso.

13 El primero mira á la nulidad de la primera escritura de donacion, y principalmente de las clausulas de su irreuocabilidad.

14 El segundo, á que en ningun caso puede tener duda el valor, y efecto del nombramiento de Capellanes, que el Licenciado Francisco Manuel hizo en los dichos Religiosos, aunque se diga son perpetuos por razon de los dichos sus oficios, y en el P. Fr. Francisco de Arcos mientras viuiere. En quien reconociendolo asi, ha hecho consentimiento tambien el dicho D. Iuan Osorio.

Primer Articulo.

15 Antes de entrar en este informe, no puedo dexar de estrañar este pleyto, que sin duda es de los mas singulares que se han visto, porque diziendo D. Iuan Osorio, como muchas vezes lo tiene alegado, que no tiene interese en este pleyto, ni en el dicho Patronazgo; y en la verdad ha de ser assi; porque el Patronato, aunque tiene lo honorifico, oneroso, y vtil in Ecclesia, aut loco pio á fundatore dotatis, como lo difinieron *Abb. in Rubric. num. 3. de iur. patron. Roch. de Curt. in eodem tract. in princ. num. 3. & 4. Viu. in prax. iur. patron. p. 1. lib. 1. cap. 2. num. 1.* lo vtil dél solo se reduce, a que si Patronus vergat ad inopiam (de que como tan poderoso, está tan lexos el dicho D. Iuan) cæteris pauperibus paribus, præferendus est in alimentis ab Ecclesia præstandis, *cap. quicumque el segundo, cum seqq. 16. quæst. 7. & cap. vobis, de iure Patronat.* Pero fuera de en semejantes casos, el Patron no pue-

puede apropriar, ni aprouechar, ni de los bienes, ni de los frutos del Patronato cosa alguna para si; porque la confiança que de vno se haze, no ha de ser interesada, porque e solo se dize, custos, aut depositarius bonorum, *l. Liberto 71. §. filium, in fin. ff. de annuis leg. l. si quis Titio 17. & l. Lutius Titius 90. §. à te peto, vbi gloss. verb. Proficere, ibi: Fuit enim electus, vt minister vnde nil apud eum debet remanere, ff. de leg. 2.* Y por lo contrario incurre en pena de excomunion, reservada à su Santidad por el *cap. 11. sess. 22. de reform. del Concil. de Trent. Viuian. in d. prax. lib. 15. c. 2. n. 13. Fracis. Leo in Thesaur. for. Eccles. p. 2. c. 21. n. 31. Aug. Barb. de iur. Ecclesiast. lib. 3. c. 12. n. fin.*

16 No teniendo, pues, en este pleyto, ni en el dicho Patronato el dicho D. Iuan Osorio interesse alguno, como se ha dicho no le puede tener, y lo tiene alegado por escrito, y dicho de palabra muchas vezes, que razon puede auer, para que contra la voluntad del difunto dueño de sus bienes, quiera suceder en este Patronato a costa de su credito, que para excluirle, viendole tan tenaz en esta porfia, se han visto necessitadas las partes a alegar cosas tan indignas (como despues se referirân) tan contra su estimacion, y obligaciones, que aunque yo como Abogado de esta causa, no podré dispensar cosa que mire a su defensa, lo harè con mucho dolor, y con la templança, y cortesia, que alcançare, debida a la estimacion de la professiõ, y correspondencia della, y à la obligacion comun en que â todos nos puso S. Pablo *1. Corin. 4. 11. Nolite detrahere alterutrũ fratres. Et ad Rom. 2. 30. Detractores Deo odibiles.*

17 Yo auia pensado, Señor, que si huuiera muerto el Lic. Francisco Manuel con la primera disposicion, sin reuocarla, y hazer tantas declaraciones juradas, de que no obrò con voluntad, ni noticia en ella, y que en quanto à la irreuocabilidad que le pusieron, fue fraude, que le ocultaron, y vinieran los herederos abintestato, pretendiendo la sucession por los medios ordinarios de alegar la inducion, ó persuasion, no me admirara, que D. Iuan Osorio defendiera la que llama donacion. Pero que auiendola reuocado, declarando con juramento, que ni la hizo de su voluntad, ni la entendiò con la dicha irreuocabilidad, haga porfia, de que le ha de suceder contra ella, sin auerle dado, ni obligado en nada; no se puede dexar de dezir, que es la mayor impiedad que hallò el Derecho, que porque assi la califica, la llamo yo. La libertad, no solo es la cosa mas estimable de el mundo, *l. libertas 107. ff. de reg. iur. §. cum ergo, instit. quib. ex caus.*

manum.non licet,gl.3.in l.fin.C.de condit.insert. sino tambiē la mas fauorecida, *l.libertas 165.de reg.iur.§.ante hæredis, inst. de leg.* y por esto,en duda,se ha de juzgar,y determinar en su fauor, *l.si seruus 50.§.sed si in obscuro,* ibi:*In obscuro liebrtatē præualere, l.si idē 14.in fin.princip.ff.de leg. 2.& l.fin.§.secundùm hæc,ff.de vulg.* y sin embargo,en llegando á constar,que no tuuo voluntad el difunto de dar la libertad,llamò el Emperador Gordiano *in l.cōtra volūtatem 7.C.de testam.manum.* la mayor impiedad el preterderla contra ella,ibi:*Contra volūtatem matris tuæ libertatem in eū conferre,quem illa liberum fieri prohibuit non debes, ne videaris iura pietatis violare,facit text.in l.2.& in l.si hæredes 12.C.eod.& in l.fin. C.de Sacros.Eccles.*

18 Todo nace de lo que el Derecho quiso fauorecer las vltimas voluntades,quando al morir no quedaron con otra cosa los que con sumo trabajo auian adquirido, y conseruado sus bienes. Palabras del texto vulg.*in l.1.C. de Sacros.Eccl.* y assi tuuo el Derecho por incōueniēte de menos peso atropellar cō el testamēto,q̄cō la volūtad del difunto,*l.verbis ciuilibus,vbi DD.de vulg.Mant.de cōiect.lib.12.tit.17.nu.14.& seqq.Rot.decis. 433.n.4.p.1.Mart.de succes.leg.2.to.p.4.q.18.art.5.n.11.*ibi: *Et licet testamentū esset nullū;quia filius esse præteritus,tamen tolerabilius est dispositionem reddi nullam,& inualidam quem aliquem admitti contra voluntatem testatoris.* Lo qual estendiò *Bald.in l.lege 12.tabul.C. de legit.hæred.* aunque la pretension de suceder por el testamento,contra la voluntad del que le hizo,fuesse de sus propios hijos,como lo advirtiò Marta vbi proximè,quem sequuti fuerunt Tiraq.*in l.si vnquam,verb.Libertis,num.52.C.de reuoc.don. Gutier.in repet.l.nemo potest,n.5 ff.de leg.1.*

19 Esto baste de preludios,y aora entremos en discurrir en lo principal de la materia independente de los fauores particulares legales,que la voluntad del difunto tiene,y por ella à estas partes assisten.

20 Para lo qual suponemos. Lo primero,lo que se refirió en el Hecho num. 3.de que todo el proemio,y prefacion dela escritura primera,que llama de donacion D.Iuan Osorio,es de vltima voluntad,por el comun estilo que tiene su principio,y toda su disposicion,menos las clausulas de irreuocabilidad, q̄ oponen las partes contrarias; y siendo, como es,lo proemial deste genero,se ha de juzgar de la misma naturaleza toda la disposicion,para que se casen,y conuengan el fin con el principio;porque la prefacion se tiene por causa final,*l.fin.ff.de hær.in*

ſtit.l.item quia,§.vlt.ff.de pact & l.Titia,§.idem reſpondit,el ſegũdo, ff.de verb.obl.Menoch.lib.6.præſ.2.num.18. Maſcar. de prob. concl. 1284.n.6.Grat.diſcept.947.n.13.Caſtill.lib.6.quot.c.119.n.17. y aſsi el argumento á præfatione ſe tiene por legitimo, *Mandoſius in reg.28.Cancel.q.1.n.1.Flam.de confid.benef.q.27.n.160. Nauiz.conſ.50.D.Larr.deciſ.66.n.3.*

21 Siendo, pues, la prefacion, y diſpoſicion dela dicha eſcritura primera (que D. Iuan Oſorio llama de donacion) toda de vltima voluntad, y aun de vn teſtamento ſolemne ſu principio, y el efecto della, diferido deſpues de la vida del dicho Licenciado Franciſco Manuel, quando lo bautice por donacion D. Iuan Oſorio, no nos podrá negar, que a lo ſumo no podrà ſer mas que donacion cauſa mortis; pues, como ſe ha dicho, la diſpuſo para deſpues della, ibi, in principio d. ſcripturæ: *Quiero, y es mi voluntad, que deſpues que la Mageſtad de Dios ſea ſeruido de lleuarme à gozar de ſi en ſu ſanto Reyno ſe funde vn Patronazgo de Legos, y memoria de Miſſas, para quatro Sacerdotes, &c.* Et f. 1. B. *Y ſe hã de dezir todas las dichas Miſſas en la parte, Igleſia, Conuento, ò Capilla donde fuere enterrado.* Y lo miſmo repite en todas las clauſulas, què miran a la dicha diſpoſicion. Con que quando ſe llame donacion, por tantas vezes que haze mencion de ſu muerte, y difiere ſu efecto a deſpues della, es preciſo tenga naturaleza de vltima voluntad; y a lo ſumo de donacion cauſa mortis, porque el conocimiento de ſi eſtà la donacion inter viuos, ſe ſaca de ſi ſe abdicò el dominio de la coſa donada deſde luego, y la transfiriò en el donatario animo liberalitatis exercendæ, que es lo que dixo la *l.1.ff.de don. vbi communiter DD. Mãtic.de coniect.lib.13.tit.4.num.8.Iul.Clar.in §.donatio, quæſt.1.n.1.* Pero la donacion cauſa mortis, es quando la diſpoſicion es mas fauorable â ſi, que a otro tercero, *l.1.ff.de don. cauſ. mort.* y quando en ella ſe hizo mencion, y relacion de la muerte, entonces ſolo ſe dirà donaciõ cauſa mortis, *l.Sæia, § fin.ff.de don. cauſ.mort.Angel.conſ.179.nu.6.Gemin.conſ.46.num.8.Ancar.cõſ.22.in princ.Rom.conſ.229.num.1.in princ.* Y en la dicha eſcritura concurrieron muy frequentes eſtas relaciones, y la ſuſpenſion del efecto de la diſpoſicion in tempus mortis, que es lo que comu latiuè mas requiriò concurrieſſe, para dezirſe donacion cauſa mortis, *Iul.Clar.in d.§.donatio.q.4.n.4.Tuſc.lit.D.cõcl.611.n.4.*

22 Y concurre tambien, para que aquella ſe llame donacion cauſa mortis, el que el que la hizo no ſolo hizieſſe menciõ de la

la muerte, ò sin hazerlâ, estuuiesse memorioso, y sospechoso della por falta de salud, que dixo bastò, *Ant. de Butr. in c. 2. de consuet.* y despues dél *Iul. Clar. d. q. 4. n. 3.* porque al mismo tiempo con este rezelo, y cuidado hizo tambien su testamento el Licenciado Francisco Manuel, y al fin dèl dize, *Lo otorga estādo en su sano juizio, y fuera de cama, aunque con algunos achaques, y fuera de salud.* Con que asi la donacion, como el testamento se han de juzgâr por vna disposicion, como despues se dirà: Y la llamada donacion por causa mortis, mayormente auiendose hecho fauore animæ (de que para otro intento se vale D. Iuā, y se le satisfarà) porque entonces siempre se entiende mortis cogitatione donationem fecisse, optimè in puncto Roman. d. cons. 229. & num. 1. in fin. ibi: *Secundò, quia cum mortis cogitatio est donationis occasio, tunc clarissimum est, quod & mētio mortis in donatione facta donationē mortis causa significat, vt cōcludit Dñs. Bald. in d. l. quæ dotis, & probatur, ff. de don. caus. mort. l. 2. Sed vt communiter videmus istis donationibus, quæ fuerit pro anima Ecclesijs, aut pijs locis, vt in casu proposito accidit, occasionem præbet mortis cogitatio; vt cuique consideranti apparet, ergo, &c.*

23 Y siendo donacion causa mortis, no se dize propria donacion, ni se puede llamar tal, *l. filius familias, §. pen. ff. de don. & cum Bald. Mant. de contract. lib. 13. tit. 4. n. 2.*

24 De passo responderêmos a lo que opondrà D. Iuan Osorio, de que aunque en la dicha donacion huuo mencion de la muerte, y suspension de la execucion a despues della, solo siruió de dilacion, y que por ella no dexò de quedar perfecta, é irreuocable, por la disposicion de la *l. vbi ita donatur, ff. de don. caus. mort.* donde aunque la donacion se haga mentione mortis, si ita fit, vt nullo casu reuocetur, dize el texto, que *donatio magis est, quàm mortis causa donatio, & ideò per inde haberi debet, atque alia quæuis inter viuos donatio.* Pero este texto, demas de lo que se ha dicho, que le excluye aun en los terminos dèsse entiende quando la donacion fue perfecta en si, y solo se suspendiò la execucion, no quando, como en nuestro caso, no quedò la donacion perfecta, antes suspendida la disposicion, pues el Licenciado Francisco Manuel en la llamada donacion, no dispuso el Patronato, y memorias, sino que ordenô se hiziessen despues de su muerte, ibi dicto fol. 1. *Que despues que la Magestad de Dios sea seruido de lleuarme à gozar de si, se funde vn Patronazgo de Legos, y memorias de Missas:* Y asi no se ha de tener por hecho, ni perfecto el contrato, vt cum Decian. Aretin. & Gabr. Ste-

phan. Grat. discept. 899. num. 13. ibi: *Ex quibus clare colligitur cõtractum nõ fuisse perfectum, & absolutum cum donãs suspẽderit ordinationem, & dispositionem bonorum in tempus futurum cõfectionis instrumẽti*. Y assi auiendose diferido esta disposicion a despues dela muerte del dicho Licenciado Francisco Manuel, solo se puede considerar segun el tiempo della, *l. quòd spõsæ, C. de don. ante nupt.* de donde ibidem sacò la regla, y Bartol. *Quòd qualibet dispositio cuius effectus, & exequutio defertur in tempus, cõsideratur secũdùm illud tempus, dicẽs: Quòd hæc regula nũquam fallit, quæ etiam probatur in l. si spõsus, §. si vxor, vbi iterum Bart. & in l. cum hic status, ff. de don. inter, latè Tiraquel. in tract. de cõstit. limit. 2. Mier. de maior. 1. p. q. 2. n. 15.*

25 Demas que aqui no se ha de entender, que el animo del Licenciado Francisco Manuel, principalmente fue de hazer donacion irreuocable del Patronato a D. Iuan Osorio, sino que como lo dize, se hiziesse la fundacion del, y de las memorias, para despues de sus dias, que esto ya se vè era reuocable, y assi no es de atender auer mezclado, ê introducido en su fauor la irreuocabilidad del Patronato, por oponerse a ella el ingresso, y todo el contexto de la disposicion; y siendo aquella lo principal que se tratô de hazer, y el fin vnico del dicho Licenciado Francisco Manuel, solo se ha de atender a su naturaleza, *l. cum ex oratione, §. fin. ff. de excus. tut. l. filius familias, vers. Origo eius, C. ad Maced. l. si procuratorem*, ibi: *Vniuscuiusque cõtractus origìnem, ff. mãdat. & l. nam origo, ff. quòd vi, aut clam, melior text. in l. qui id quod, ff. de don.* ibi: *Causam enim, & originem constitutæ pecuniæ, non iudicij potestatem præualere placuit, Bald. in l. 1. num. 5. C. de legib. plurib. Pereg. de fideicomm. art. 37. num. 24. Salg. de protect. Reg. 4. p. c. 14. num. 16. & latissimè Castill. lib. 6. quotid. c. 155. per tot.* & quia finis est primus in intentione concedentis, *Tiraquel. cessante causa, lim. 1. n. 6.* & qui magis debet attendi, *l. diximus, de excus. tut. l. ex imperfecto, de leg. 3.* quia à fine regulantur omnia, & ab eo declarationem accipiunt, *Crauet. cons. 137. nu. 24. Surd. cons. 164. n. 32. Casan. cons. 45. n. 107.*

26 Concluye este mismo intento, ver, y hallarse, que en el mismo tiempo, y lugar, con el proprio Escriuano, y testigos hizo su testamento el dicho Licenciado Francisco Manuel; y en vna clausa del, que empieza: *Item, que porque mi animo* (dize) *ha sido de fundar quatro memorias, como lo tiene declarado en la escritura ante el mismo Escriuano quiere se cumpla, y execute inuiolablemente.* De que infiero dos cosas. La primera, que por los terminos cõ

que

que habló en esta clausula, y en la dicha escritura, como se reparò sup. num. 21. que el animo nunca fue determinado de fundador de presente el dicho Patronato, y memorias, sino que se fundasse despues de sus dias, como expressamente lo dize en entrambos instrumentos; y assi no se ha de dar por hecha la dicha fundacion, pues ni en lo contractual se dize contrato, el q̃ solo prometiò de hazerse, *gl. in l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco, quam sequũtur Ias. & Castr. in l. quoties, num. 34. & alij, quos refert Thesaur. decis. 233. num. 5. in cuius fine principij* dize: *Que assi lo decidiò el Senado Pedemontaneo muchas vezes: Et quòd ab hac opinione in iudicãdo, nõ est recedendum.* Y en el versiculo siguiente, respondiendo a los argumentos, y opiniones contrarias, que refirio al principio de la decision, dize: Que no tendran lugar quando la promesa trahitur ad actum futurum, quoniam, vt ipse dicit in quit Philosophus: *De futuris contingentibus, nõ est determinata veritas*: Que como se ha dicho, el testamento se hizo immediata, ò por mejor dezir, contemporaneamente a la primera escritura en que se funda D. Iuan Osorio. Y esta vnion obra lo mismo que si se huuiera puesto pacto de que no valiera vna sin otra, *ex doctr. Bald. in l. pen. §. si mulier, ff. sol. matr. & in l. petens, num. 54. C. de pact.* donde assienta, que hechos dos instrumentos cõ las concurrencias de tiempo, lugar, Escriuano, y testigos, se ha de tener por vno mismo: y lo propio resuelven *Moros. resp. 60. vidẽdus Casan. cõs. 47. à num. 81. Odus cons. 95. num. 86. & plures referens Surd. 47. n. 85. & 86. cons. 53. n. 59. & cõs. 217. n. 7. Paulus Vel. de his quæ fiunt in continenti, c. 54. n. 9. & c. 96. n. 4.*

27 El vltimo fundamento, para que considerada la materia, aũ en todo rigor, se aya de juzgar por reuocable la disposicion de la dicha escritura, es, que como parece della, la fundaciõ, y memorias quiso se hiziesse, y dixessen las Missas dellas en la parte, Iglesia, Conuento, ò Capilla donde fuesse enterrado. Assi lo dize f. 1. B. y f. 3. de la dicha escritura, y en toda ella no declara, ni elige su entierro: antes en la clausula, que empieza: *Itẽ declaro, que el aumento*, està tan indeciso, que hablando del deposito de las rentas, dize se haga con *interuencion del Prelado, ò Prelada del Conuento donde se enterrare*. Y quando la disposicion tiene relacion a sepultura, no es dudable, que sin embargo de qualesquiera clausulas que tenga, es reuocable, por serlo la eleccion de sepultura, *c. cum liberum 6. de sepult. Clem. dudum, §. huiusmodi quoq; de sepult. Cæs. de Gras. decis. 1. num. 1. de sepult. Riccius in prax. for. Eccles. res. 563. & cum multis Barb. de iur. Eccles. lib. 2. c. 10. à n.*

à n. 19. (sino es ya, que D. Iuan Osorio quisiesse tambien priuarle della, que tan libremente se la concede la Iglesia) con facultad de poderla reuocar vsque ad finem vitæ, *Gemin. in c. licet, §. quãuis, de sepult. in 6. Cæs. de Gras. decis.* 1. *n.* 5. *de sepult. Mar. Ant. lib.* 1. *var. res.* 112. *cas.* 59. *vers. Tertiò*, en tanto que ay pena de excomunion contra quiẽ obligare por voto, ó promessa a no reuocar la dicha eleccion, *c.* 1. *de sepult. in* 6. *Lar. in l. si quis à liberis, §. parens, à n.* 96. *ff. de liber. agnos. Gutier. de iuram.* 2. *p. c.* 4. *n.* 11. *& seqq.* Barb. *vbi sup. num.* 25. Demas, que D. Iuan Osorio no cõtradixo el que se enterrasse en el Conuento de San Hermenegildo, donde con efecto se enterrò, por su disposicion expressa de su vltimo testamento, en cuyo caso es resolucion assentada de los Doctores, que como fue revocable la elecciõ del entierro, vt supra hoc num. probauimus, lo serà tambien el Patronato, y fundacion que en su lugar se huuiesse hecho: Assi lo asienta *Carlos de Marant.* que fue Inquisidor General en Napoles, y Consultor Ordinario dela Sãtidad de Vrbano VIII. y Iuez Ordinario de las causas de Patronatos, *tom.* 3. *controuers. respons.* 89. *fol.* 547. En la impression de Napoles año de 1643. donde propone el mismo caso, y respondiendo a los fundamẽtos cõtrarios, en el numer. 34. dize: *Doctrinam procedere vbi dictam policitatio, seu promissio, vel institutio iuris Patronatus simpliciter fuisset facta, non autem quando fuit facta contemplatione sepulturæ, quo casu ex eo, quod electio sepulturæ sit reuocabilis ipsa promissio quoq; & policitatio licet perfecta per stipulationẽ, & donationẽ inter viuos, & si directè non possit reuocari, poterit tamen reuocari indirectè per reuocationẽ electionis sepulturæ, cuius naturã assumpsit ipsa policitatio, & donatio. Ità post Bartul. in l. fin. ff. de solut. & Ruin. cons.* 61. *vol.* 2. *Genuẽs. in prax. Eccles. q.* 448. *& sequitur Ioan. Baptista de Tor. in summa priuileg. piæ causæ, priuileg.* 213. y continua el discurso diziẽdo: Que como fue accessorio el Patronato a la elecciõ de sepultura (no solo variable, pero aun no hecha) licuit fundatori penitere, *per gloss. in cap. laici* 10. *vers. penitere, vbi Abbas de iur. patronat. Rota apud Ludouis. decis.* 410. *n.* 3. *&* 4.

28 Y hablando en disposiciones suspensiuas, ò variables, porque no tienen efecto, no se adquiere derecho a nadie, hasta q̃ se executan por su cumplimiento, y permanencia de la volũtad del que dispuso, §. *si sub conditione, & §. conditiones, instit. de verbor. oblig.* l. *itaque* 39. *ff. si cert. petat. l.* 1. *ff. de donat.* ibi: *Vt tunc demum accipientis fiat cum aliquid secutum fuerit, hoc non est propriè donatio, sed totum sub conditione est, vbi Cuman. n.* 6. *in fin. Corneus*

neus conf.85.n.8.Dec.conf.247.nu.2.Gozerin.conf.14.n.3.Celsus Hug.conf.53.n.4. y dan la razon: *Quia natura conditionis est suspẽdere, vt priusquam actus conditionalis eueniat non dicatur inesse productus, neque effectum aliquem sortiatur*: Y aun mejor lo dixo *Bal do in l. Arctusa, in 1.lectur.p.1.notabil.1.ff.de statu homin. Y Barbat. conf.81.n.1.in fin.lib.3.* ibi: *Quod quotiescumque in aliqua donatione qua donatarius adducitur aliqua pacta, & conditiones, dum non constat adimpleuisse, nunquam potest dici, quod ei quaesitum fuisset aliquod ius circa talem donationem, & sic ad libitum potest reuocari.* Y vienen a ser en los actos condicionales suspensiuos *la l. dedi, §.sed si tibi, & §.quid si ita, & in l.si pecuniam, §.1.& §.si seruum, ff. de condit.caus.dat.* Y auiendo suspendido la fundacion, y memorias, como lo hizo, no se puede negar lo pudiesse hazer, pues esta facultad procede aun en la fundacion de Mayorazgo, y prompta translacion que haze la ley de su possessión, q̃ nihilominus la puede suspender el fundador, vt latè resoluit *Pater Molin.de iust.& iur.tract.2.disp.634.per tot, praecipuè num. 6.& 7.*

29 Y llano es que la disposicion de la dicha escritura fue suspensiua, por las palabras referidas supr. n.3. y la suspension obra condicion en el acto que se pone, *l.si Titio 22.ff.quand.dies leg.cedat, & notant DD.in l.1.C.de his quae sub modo, Gribelus decis. Dolani, decis.114.n.30. Gigas conf.53.n.1.& 2.& conf.168.nu.1. & 2.* vbi dicit, dictionem postquam (que es la que tiene la dicha clausula, ibi: *Que despues que la Magestad de Dios, &c.*) *Operari, quod effectus dispositionis non praecedat, si non sequatur factũ, quia nimirum excludit omne tempus anterioris, ita vt non facto implemento legatorum ex diligentia oeconomi, nil petere possit, Paris.conf.31.n. 82.lib.1.per text.in l.Aemelius, ff.de minorib.Barbos.dict.272.n.2 in fin.& dict.364.n.1.*

30 Esto corre en el discurso mas riguroso, pero no necessitamos de que se mire assi, teniendo la piedad de la vltima volũtad de nuestra parte, y de la declaracion contraria a la dicha disposicion del difunto, assi en vida, como en muerte, assegurada con juramento, y demonstraciones de tantos sentimientos como hizo, que sin temeridad se puede creer, como el lo dixo muchas vezes, le quitaron la vida: a cuya declaraciõ jurada, y en el tiempo de su muerte, tanto se debe deferir, *l.si quis in l.graui, §.si quis moriens, ff.ad Syllanian.Bald.cõs.476.n.2. volum.5.Saluian.lib.3.de Eccles.Cathol.pag.391. Mastrill.decis. 232.à num.2.D.Valenz.conf.102.à num.104.* y a yudar su volũ-

tad

tad por la declaracion hecha, y repetida tantas vezes, desde que tuuo noticia de la irreuocabilidad, con que se auia hecho la dicha escritura, y finalmente en su vltimo testamẽto, de q̃ se ha de hazer argumento para entender, y declarar la dicha voluntad; pues esta se interpreta, no solo por diferentes escrituras, sino por lo que el testador dixo fuera dellas, maximè ad interpretationem vltimæ voluntatis, *text. expressus in l. quo sciens 9. §. sed si non in corpore, ff. de hæredib. instit. Vbi hæres scriptus in quadrante, si voluntas fuit in semisse, in semisse hæredem institutum esse indicandum, quia semper prævalet voluntas scripturæ, in qua præterea minus, aut magis scriptum fuit.* Y esta cõclusion la apoyan infinitos, vt videre est apud *Simon de Prætis de interpratat. vltim. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubit. 3. solut. 5. à num. 41. vsq. ad 47. latè Craueta, cons. 125. num. 2. 3. & 6. Baldus in l. fin. num. 1. C. de falsa causa adiect. & in cap. auditis, n. 4. de præscript. Iason in l. certi conditio, §. quoniam, num. 4. ff. si certum petat. Casan. cons. 57. num. 58. latissimè Castill. tom. 4. quot. c. 11. num. 11. 15. & seqq. Surd. cons. 414. num. 56. latè Pacian. cons. 15. num. 74. & 76.* lo qual procede, aunque la declaracion fuesse hecha en acto nulo, *l. fin. ff. de reb. eor. Bartol. in l. 2. §. testamentum, num. 2. ff. quemadmodũ testam. aperiantur, Baldus in l. qui à Patre, ff. de confirmando tutor. D. Valenc. cons. 23. n. 140. Vbi alios refert. Ramon. cons. 95. num. 68. in fin princip.*

31 Y siempre se ha de atender mas á la voluntad, no solo expressa, pero aun congeturada, *l. licèt Imperator. Vbi Bartol. ff. de leg. 1. si quis locuples, ff. de manumiss. test. l. cum proponebatur in fin. l. qui solidum, §. 1. de leg. 2. l. Titius, de liber. & posth. l. inter vestem. de auro, & arg. leg. l. 28. tit. 9. p. 6. vers.* Otrosi dezimos, *Cephalus, cons. 37. n. 14. lib. 1. & cons. 290. num. 4. & seqq. lib. 4.* Y siẽpre q̃ tiene duda la materia, se ha de estar â lo declarado por el testador, por pender de su animo, *l. si quis intentione, Vbi Bartol. ff. de iudic. l. cũ de indebito, §. in omnibus, ff. de probat.* ibi: *Nisi ipse specialiter cautionẽ exposuit, glos. in c. significasti, de homicidio.* Y lo que declara el testador, aũ fuera de la disposiciõ, se ha de tener por puesto en ella ad eius interpretationem, *Burgos de Paz, cons. 7. num. 13. cons. 14. num. 50. & cons. 27. n. 7. & 24. Pacian. de probat. c. 15. num. 74. & 76. Peregrin. cons. 35. num. 4. lib. 3. Surdus cons. 414. num. 56. & decis. 54. num. 6. & 16. Latè Castill. lib. 4. quotid. c. 18. n. 41.* Y en el *n. 39.* lo remite todo al arbitrio del Iuez, ibi, *Iudicis arbitrium multum valiturum, ipse nãque, si verba dispositionis attentè perlegerit, & mentem eiusdem diligenter inquirat,*

&

& præscrutetur; an ex dispositis, siue expressis in testam. deducātur, vel nō deducātur cōiecturæ voluntatis, siue aliūde, aut extrinsecus deductæ sufficiāt, ex personis etiam & causis, & rebus, de quibus agitur, aliisque circunstantiis, melius definiri poterit, quam hic à nobis certa regula assignari, &c. que es lo mismo, que dixo la *l. fin. ff. ad Municipal.* ibi: *Ex ipsis enim rebus probationes summi opportere.* Y en duda se ha de juzgar por la voluntad del fundador, *vt tenent Tiberius Decian. respons. 32. n. 32. D. Valenç. cons. 29. n. 43. Mōter. 1. p. decis. 45. n. 145. ex Bartol. & Angel. in l. 1. §. ff. ad Syllanian.* porque aun en duda, y en concurso de su disposicion expressa con su voluntad, se ha de atēder mas à ella, que à las palabras de la disposicion, y se ha de juzgar contra ellas, *l. insulam, ff. de præscriptis verbis, l. 3. §. conditio, de adimend. legat.* Nā verba captanda nō sunt, sed qua mēte, quid dicatur animaduertendum, *l. penultim. ff. ad exhibend. Iulius Clar. in §. testamentū. q. 76. Menoch. cons. 20. num. 20. Fusarius de substit. q. 248. n. 25. D. Larrea, decis. 60. n. 6.* Y si esto se ha de atender, como es cierto, en que arbitrio humano podrá caber, fuesse volūtad del Licenciado Francisco Manuel, siendo tan incōstante, como dixe supr. num. 3. me lo ha confessado don Iuan Ossorio, quisiesse atar su voluntad, y no poderla variar, dexandola, segun la dicha disposicion, como por dueño libre de todos sus bienes al dicho D. Iuan Ossorio, pues le hizo patron de todas sus memorias, en que los comprehendiò, con facultad de nōbrar, y remouer los capellanes con causa, ô sin ella? contra la *l. Pomponius, ff. de negotiis gest. l. qui semel. ff. de decretis ab ordin. faciend. l. iurisperitos, vbi Bartol. n. 2. & 3. & ibid. Bald. & Alberic. ff. de excusat. tutor. l. 2. C. de professorib. & medic. cap. horrendus 17. 32. q. 5. l. 2. tit. 10. p. 1. & l. 32. tit. 7. ead. p. Mastrill. de Magistr. lib. 1. c. 27. Gonçalez in regul. 8. Cancel. gloss. 5. §. 6. nu. 60. Gracian. discep. 167. per tot. Ceual. de cogni per viam violēt. 2. p. q. 62. à num. 40. D. Larrea, decis. 2. per tot.* y que tuuiessen ellos las llaues de las arcas del dinero, de las rentas, y redempciones de censos, sin obligacion de dar quenta à nadie; y que por el mismo caso, q̄ se introduxesse el Ecclesiastico en intentar el imponer subsidio, y escusado, pudiesse disponer de todas las rentas a su voluntad en las obras, que refiere, cosa tan facil de acomodar; pues sin auer sucedido el caso, no sé porque disposiciō, auiēdo el colector del subsidio hecho repartimiento à estas memorias, D. Alōso Osorio pidio testimonio dello, y dixo en el oficio de Frācisco Suarez, escriuano desta causa, q̄ ya no que-

ria huuiesse capellanias; pues él podia disponer de las rentas á su voluntad, como quisiesse, por auerlas repartido subsidio: y esto cõ quiẽ no cõ hijo, hermano, ni deudo del testador, ni aun cõ amigo comunicado, ni de quiẽ estuuiesse beneficiado en nada, porq̃ no está probado, ni aũ alegado tal, quãdo la donacion no procede solo de mera liberalidad, que dixo la *l. 1. ff. de donat.* sino con respecto de alguna buena correspondencia, ó merito del donatario, *l. nec adiecit* 9. ibi: *Fortasse hæc ideo, quia non sine causa obueniũt, sed ob meritũ aliquod accedant, ff. pro socio, l. Centurio, alias testamento Centurio* 51. ibi: *Prout quisque meruisset, ff. de manumis. testam. Stephan. Grac. discept.* 913. *n.* 4. Vbi definiendo la donacion, dize: *Cum illa sit gratuita, & declaratio beneuoli affectus erga benemeritum.* Lo cierto es, que solo buscó á D. Iuan Ossorio por Abogado de tanto credito, y acierto, para que le dispusiesse la dicha fundacion, y memorias, y el sacar tanto para si, como el dicho patronato, con la irreuocabilidad, y circunstancias, que pretende, parece fue honorario excessiuo de la templança, con que esta professiõn, que llamó santissima la *l. 1. d. de varijs, & extraord. cogn.* se deue gobernar, *l. 1. §. in honorarijs, & §. licita, ff. de extraordin. cognit. glos. in l. 3. verb. ceptum, C. de postul. & in l. 1. in fin. C. mandati.* cuya consideracion dexo para otro discurso, aunque este puede persuadir bastantemente qualquiera arbitrio a determinar, no pudo ser tal la voluntad del dicho Frãcisco Manuel, pues no pudiera obrar mas con su hijo, ò hermano, si le tuuiera, particularmente, dexando el patronato perpetuo con las dichas calidades, no solo à los dichos D. Iuan, y D. Alonso Ossorio, *sino à todos sus descendientes, y sucessores en su casa, y mayorazgo* (que assi lo dize) sin saber quales podian ser, para hazer dellos tan gran confiança, aũque pudiera creer les correspondeрian à sus obligaciones.

32 Parece queda assentado, que la dicha disposiciõ, que defiende D. Iuan Ossorio, aun segun la corteça de su letra, no pudo, ni puede passar de ser, en quanto al patronato, vna disposicion de vltima voluntad, y á lo sumo de donacion causa mortis, y esta reuocable por la *l. mortis causa donatio, & l. qui mortis, ff. de donat. caus. mort. cap. cum Marta, de celebrat. Missar. l. 11. tit. 4. p. 5.* Porque ad instar legatorum iudicatur, & reuocatur, etiã si res donata tradita fuerit, *l. cũ quis, ff. de condit. caus. dat. Bald. cons.* 293. *n.* 1. *lib.* 1. Vbi ampliat etiãsi interuenerit iuramentum, & idem probat *D. Larrea, decis.* 16. *n.* 1. Nam donana-

natio causa mortis redigirur ad instar vltimæ voluntatis, quæ licét sit iurata tamen, censetur caduca, ex sui natura, *l. fin. C. de non numerat. pecun. Cinus in l. nec fratres, num. 2. C. de donat. caus. mort. & post Bart. Castrens. & Mantic. D. Larrea decis. 6. n. 2. in medio.* Y para que el acto reuocable de su naturaleza no lo sea, no ay medio, ni pacto que lo pueda conseguir, *vt ex Bald. D. Molina, & alijs, probat ipsemet D. Larrea, d. decis. 60. nu. 20.* Y assi no obsta el entrego de la cosa donada, causa mortis, para que no se pueda reuocar, quia nec præstat adquisitionem fructuũ, vt notant Angel. & Alex. in d. l. cum quis, ff. de condit. caus. dat. Y solo por enagenar la cosa donada, como lo hizo el Licẽciado Francisco Manuel, dexando à otros en su vltimo tes tamẽto el patronato de sus memorias, reuocãdoseles expressamente por el; y antes por escritura jurada á los dichos don Iuan, y Don Alonso Ossorio, y sus sucessores, se induze reuocacion de la donacion causa mortis, ita vt rem legatam alienãdo legatum, reuocatum manet. *Ad text. in l. rem legatam, de adimend. leg. ita arguit Bald. in l. stichum, qui meus erit 6. in fi. ff. de leg. 1.* Vbi dicit: quod *est notandum tanquam aureum dictũ, Stephan. Grac. discept. 251. n. 26. vsque ad 33. omnino videndus;* porque es lugar muy terminante para el intento.

33 Y esto nace de lo general, de que ni el mismo que dispone por vltima voluntad, como se vẽ lo fue la de la vltima escritura, por las comprobaciones que quedan referidas, puede poner tal ley en su disposicion, que le obligue à no poderse apartar de ella, *l. si quis in principio 22. ff. de leg. 3. concordat l. 25. tit. 1. part. 6.* ni ay medio, ni cautela humana que tal pueda obrar, *vt concludit dominus Molin. de primogen. lib. 2. c. 2. n. 22. Zeuallos, cõm. cont. cõm. lib. 1. q. 168. num. 5. Pichard. in §. posteriore, n. 70. inst. quib. modis testam. infirm.* Y por esto no vale el pacto de hereditate viuentis, ni otro q̃ impida la libre voluntad de disponer, *l. conuenire, 5. ff. de pactis, plurib. D. Larrea, decis. 16. num. 1. & 5.* Y quando se diga que puede valer ex voluntate paciscentis, intelligitur, si morte eius comprobetur, nam aliàs nullius est momenti, *l. fin. vers. si nobis, C. de pactis, D. Larrea, d. decis. 60. n. 14.* & tanquam dolosa, & iure adversantia, & libertatem disponendi infringentia improbantur, *Bartol. & Bald. in l. ea lege, C. de condit. ob caus. Castrens. in l. fin. C. de pact. D. Larrea, d. decis. 16. n. 4. 5. & 6. & sunt iura expressa in l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig. l. vnum ex familia, §. sed si vno, de leg. 3. & l. fin. C. de pact.* porque esta facultad no la tienen

nen los hombres por si,sinó porla ley, como lo notô *Bald.in l.1. C. de Sacros. Eccles. n.155.& in l.Sancimus,n.11.C. de testam.*

34 Y como directamente no se puede obligar vno â no reuocar su vltima voluntad,assi tampoco indirecté, *l. cum duobus 32.aliàs cum fratres 35.§.Idem respondit.ff.pro socio, vbi Bart. in summario,& in princip.lecturæ,* y el mismo *in d.l.si quis in principio,num.12.&* 13.tiene, que ni por via de contrato de donacion,ó venta, se puede quitar la libre facultad de la dicha reuocacion,idem tenet *in d.l.stipulatio hoc modo concepta 61. n. 2.& 5.ff.de verbor.oblig.& Baldus in l. hæredes palam. 61. §. in testamentis,n.2.ff.de testament.& in l.i.n.154.C. de Sacros. Eccles. & in d.l.Sancimus, d. n.11.* y el mismo *Bald. in l. cum antiquitas 28.num. 4. C.de testàment. & in l.ex testamento 29.C. de fideicõm.* tiene por torpe,y reprobada la donaciõ que impide la facultad de reuocar el testamento;maximê,quando la donacion es continuatiua para este fin,vt notant omnes *in d.l.hæredes palã, ff.de testam.maxime Castrens. n.7.y Alex. in d. l.stipulatio hoc modo concepta,in princip.& Iason,num.7.*la tienen por comun opiniõ.

35 Y no obstaria dezir,como lo alega D.Iuan Ossorio, que en qualquier testamẽto,y vltima volũtad se puede hazer vn contrato valido;y que assi,aunque las memorias que hizo el Licenciado Francisco Manuel fuessen para despues de sus dias(que no es negable sea disposicion de vltima voluntad) se pudo celebrar el contracto de dexarle el patronato dellas irreuocable,por la doctrina de *Bartol.in d.l.hæredes palam.§.fin. in fin. ff. de hæred.institut.per text.in l.assignari,ff.de assignãd.libert. & in l.nemo potest,ff.de leg.1. Marta de success. legal. 4. p. q. 1.art. 10.num.27.30.& 31.Cancer.lib. 3. var.c. 20. n. 307. Mantica de coniectur. vltim. volunt.lib.3.tit.18.num.11. & 12.* porque esto se entiende,quando el contrato es diferente de la disposiciõ; y estraño della: no quando pertinet ad eandem, como dexar el petronato de las memorias, que era tan annexo á ellas; y en este caso *Marta, y Mantica en los lugares* proxime citados, y *Decian. volum. 1.respons.3.num.5, vbi cum Baldo, & Alexand.* concluyen: *Quòd si fiat contractus in executione vltimæ voluntatis,non iudicabitur, sed vltima voluntas, quia origo spectanda est, Cancer.lib.1.var.c.8.de donat.num.167.* y que de ninguna manera se ha de tener por contrato, *y Mantica, d. num. 12.* dizẽ: *In dubio autem propter naturam vltimæ voluntatis, testator non præsumitur velle contrahere, nisi forma actus repugnet.* Pues que repugnancia puede auer en la dicha disposicion, para que no

quepa

quepa con la fundaciõ de las memorias, y su reuocabilidad, que tambien no la pudiesse tener el patronato que se abrogò à si el dicho D. Iuan Osorio: antes qualquier contrato, que mirasse a su execucion, se ha de tener por de la misma naturaleza: Asi lo dixo *Mantica loco citato*, ibi: *Nouissime sciendum est, etiam contractum celebratum pro executione vltimæ voluntatis censeri vltimam voluntatẽ.* Y qualquiera que mira à hazer irreuocable la vltima volũtad, ê impedir la facciõ del testamẽto, siue fiat in actu testandi, siue fiat in actu mere contrahendi, dummodo quis per indirectum se obliget ad vltimi iudicij immutabilitatem, de ninguna manera vale, como doctamente lo resuelue *Roman. cons. 177. per tot.* Y despues de cansar con este discurso, yo estoy haziendo grande risa, de que D. Iuan Ossorio llame contracto à la irreuocabilidad del dicho Patronazgo, pues siendo aquel vltro citroq; obligatorius, *l. labeo, §. contractũ, ff. de verb. signif. ex quo text. infert, ibid. gloss. & in l. omnem obligationem, ff. de iudic.* que quando vltro citroque nõ nascitur obligatio, non dicitur proprie contractus. Veamos pues què le diò Don Iuan Ossorio al Licenciado Francisco Manuel por el patronato, que se apropiò con las facultades, y clausulas tan irregulares, como se ponderaron supr. num. 31. para que le pueda llamar contrato? ni à que se tratò de obligar, sino de adquirir libremente vn patronato de tanta importancia, y estimaciõ que pudiera ser premio de muchos, y grandes beneficios, que qualquiera le huuiera hecho?

36 Y tiene tantos priuilegios la libre, y vltima voluntad en qualquiera disposicion, que aunque en ella se haga contrato de donacion (que es lo mas que puede pretender D. Iuan Ossorio) en fauor de causa pia, como el contracto de donacion sirua de medio de no poderla reuocar, de ninguna manera vale. Es Doctrina singular de *Baldo in §. si quis inuistierit, de feudis datis in vic. leg. commiss. num. 2.* Y tiene la misma *Aretin. in d. l. hæredes palam. §. fin. in fin. Angel. cõs. 66. Francisc. Curtius Iunior, cõs. 56. vbi num. 4. inquit: Testator an possit cõuertere legatum in donationem inter viuos.* Y en el num. 6. resuelue la question en nuestro fauor.

37 Tampoco obsta el fundamento de que se vale Don Iuan Ossorio de dezir, que la que llama donacion, fue jurada, y q̃ por el vinculo del juramento, quedò irreuocable, y las demas clausulas que puso para su firmeza.

38 Lo primero, porque todas se han de entender, segun la

 na-

naturaleza de la disposicion; y siendo aquella de vltima voluntad, como parece se ha probado, se han de juzgar por de la misma: Assi lo dixo elegantemente *Bald. in tract. statut. verb. Gabella, post medium, column. 2.* dicens: *Quod quando praecedit contractus perfectus, & additur conuentio, quae potest cadere in nouum contractum, magis videtur informatio primi, quam nouus contractus; per tex. in l. 1. §. quod si rem, & § statuti, ff. depositi, & ibi Bartol. & ex eisdem Ioann. de Neuizan. cons. 48. num. 10. vers. facit, Baldus in princip.* Y pues en la dicha escritura, que defiende D. Iuã Ossorio, aun no se hizo perfecta la fundacion de las memorias, sino que mandò el fundador, y testador, se hiziesse despues de sus dias, y despues puso D. Iuan Ossorio las clausulas de que se vale, han de juzgarse de la misma naturaleza, y correr con la propria sugeciõ al poder ser reuocadas, como quedò la principal disposicion, por ser de vltima voluntad.

39 Y assi no obsta el dicho juramento, porque cayendo sobre disposicion de vltima voluntad; que como tantas vezes se ha dicho, es variable, y reuocable, sigue su misma substãcia; y assi no obsta à la reuocacion que se hiziere de la disposicion jurada: Es dotrina original de *Bart. in l. si quis in principio, n. 14.* y de *Ioan. Andreae in regul. quod semel, de reg. iur. in 6.* y de la *Glos. in cap. vltima voluntas 13. q. 2.* y del señor Presidente *Couar. in Rub. de testam. 2. p. num. 15.* Y esta opinion, con otros infinitos, sigue *Gutierr. de iuram. conf. 2. p. c. 1. num. 2. versicul. 2. opinio, & n. seqq. refutando en el num. 9. la cautela de Cepola 117. num. 3.* que la quiso dar, para hazer reuocable la vltima voluntad: Siguen lo mismo *Iul. Clar. in §. testamentum, q. 4. Padilla in l. Clari, num. 17. & 20. C. de fideicommis. y Ceuallos d. lib. 1. & q. 168. per tot.* y aũ el mismo *Bart. in l. si quis pro eo, num. 4. de fideius. & in specie donationis causa mortis*, lo dixo *la l. 11. tit. 4. p. 5.* y de la jurada dixo lo proprio *la Glos. in d. c. vltima voluntas, Bart.* y otros que refiere el señor Presidente *Couar. loco citat. y Bart. in d. l. si quis pro eo, num. 4. ff. de fideius.* dixo, que no necessita este juramento de absolucion, sin embargo, que à mayor seguridad la obtuuo de Iuez competente el Licenciado Francisco Manuel, y cõ ella despues reuocò la dicha su primera disposicion, y otorgò su vltimo testamento: y lo mismo procede en la clausula que puso de constituto en la dicha escritura; pues tambien como el juramento, es accessoria à la obligacion principal, y no obra el constituto en obligaciõ nula, como lo fue la vltima voluntad de la primera escritura, estando reuocada, *Bald.*

cons.

cons. 212. lib. 1. Castrens. cons. 452. lib. 1. & cons. 193. num. 2. vers. plus videtur, lib. 2. Afflictis, decis. 40. num. 11. per tex. in l. fin. ff. de constit. pecun. optime, & in terminis donat. Gracian. discept. 483. n. 3. ibi: *Et facit, quia constitutum appositum in contractu, inutili est pars ipsius contractus inutilis: & num. 4. Cum ex inutili cõtractu, non trãsferatur dominium, l. 3. §. si stipulanti, ff. de donat. inter. & per consequens, neque eo casu valebit constitutum, aut precarium: & num. 7. Praetereà, quando contractus est causa immediata possessionis prout est contractus precarij, seu constituti: tunc si contractus est inutilis, non transfertur ex eo possessio.*

40 Demás, que el constituto no obra despues de muerto el constituente, porque el constituto se extingue con la muerte, *l. cum precario, §. 1. ff. de precar. & in c. fin. extra eod. Menoch. de recuper. remed. 14. num. 38.* Y no es esto mucho, pues aũ la possession del dueño cessa, y no se transmite à sus herederos cõ su muerte, *l. cum haerede l. de hered. instituend.* Porque con ella falta el animo, que es necessario para cõservarla, *l. 3. §. in amittenda, l. si id quod, l. si de eo, §. si forte, & l. quemadmodum, ff. de acq. possess. l. 4. ff. locati, & l. centesimis, §. si ita stipulatus, de verb. oblig.* Ni tampoco obra el constituto contra la voluntad, y reuocacion del constituente, *Bald. in l. si quis argentum, §. sed siquidem, ff. de donat. & in l. actione, §. renuntiare, ff. pro socio, Tello Fernand. in l. 17. Taur. num. 23. D. Larrea, decis. 10. num. 36.*

41 Y lo que mas pondero destas clausulas, es, que demàs que el Licenciado Francisco Manuel no las entenderia, ni se le leerian, como despues se ponderarâ, la pondria D. Iuan Ossorio, como de estilo notariorum: y siẽdo tales, y en execuciõ del contracto, si son contra la naturaleza dêl, como estas, en el esfuerço de D. Iean Ossorio, y en la vltima voluntad de la dicha disposicion, nunca se consideran, *ex text. in Clemẽt. 1. quẽ aureum dicit Felin. in c. licet, num. 7. de offic. ordin. & plurib. optime in terminis concludit Matienç. in l. 7. gloss. 14. num. 7. lib. 5. tit. 11. Recop.* ibi: *Vbi haec notariorum verba communia, & eis frequentissime obuia ipsum actum, qui geritur, mutant, in aliamque transferunt speciẽ, tunc nimirum contra voluntatem contrahentium adiecta censentur, exemplum ponit ipse Couarr. num. 13. in fin. in donat. caus. mortis, in qua adijcitur clausula, qua promittitur donationem, minime reuocari posse ea, quae apponitur in executione contractus, quoniam quae in executione contractus exprimuntur, ipsius actus dispositionem minime augere videntur. Et num. 9. Secundo limitat, D. Couarr. eam conclus. vt procedat in valde praeiudicialibus ipsi contrahenti.* Vease la escri-

tu-

tura, y se hallarà, que todas las clausulas en que D. Iuā Osorio funda la irreuocabilidad, estan puestas despues de toda la disposicion; y para su execucion, y especialmente despues de auer dicho: *En cuyo testimonio lo otorgo assi*, estan la reserua del vsufructo, la translaciō de la possession: y en señal della, el entrego de las escrituras, y la aceptacion del patronato: con que viene ajustada al caso la doctrina, y haze verisimil, y persuasible el discurso, de que no se le leeriā las dichas clausulas, por ser comun en los escriuanos, y en todos; assi en los testamentos, y vltimas voluntades, como en los contratos, no leer, sino la disposicion principal, corriendo cō buena fee, y entendiendo; que en todas se ponen solo las naturales, y ordinarias de la disposicion, ò contrato, que se celebra, y no era deste, sino muy estrañas todas las que puso Don Iuan Osorio: y assi cuidadosamente se le callarian, como muchas vezes se haze, y con juramento lo declaró el dicho Licenciado Frācisco Manuel, y se manifestarà mas por las congeturas, que despues ponderaremos.

42. Tiene otra nulidad notoria la llamada donacion, que es ser, como de la escritura se manifiesta, vniuersal de todos los bienes que tenia, y tuuiesse al fin de su muerte el Licenciado Francisco Manuel, solo con reserua del vsufructo, que apenas le podia sustentar en la edad que tenia, y enfermedades que padecia; pues sacada la viuienda del quarto que ocupaba en sus casas, no le quedarian quatrocientos ducados de rētá, y siendo vniuersal de todos los bienes presentes, y futuros, como parece de la primera escritura, ibi: *Que las dichas casas, y lo que procediere dellas, juntamente con el remaniente de mis bienes, y los dichos tres mil ducados del censo arriba dicho, hā de ser todo para la paga de las dichas memorias, &c.* Et ibi: *Y demas reinanente de mi hazienda, cumplido mi testamento (que le hizo hazer incontinenti) ansi de la que al presente tengo, y pertenece, como de toda la demas, que adelante tuuiere, y me perteneciere, de que desde luego para despues de mis dias, me desisto, y la doy, y dono en propriedad, y possession, &c.* Llano es, que por esta cabeça tambien fue, y es nula, cum donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum non teneat, *d. l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig. Vbi communiter DD. l. fin. C. de pactis, vbi Bartol. num.* 12. *l.* 69. *Taur. & l.* 8. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Ninguno pueda facer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes*, Anton. Gom. in d. l. 69. Taur. num. 2. *D. Larrea, d. decis.* 60. *n.* 16. Y quando, como esta

fue,

fue,no solo de bienes presentes, sino tambien futuros, no la valida el juramento, vt notat ipse Gomez *in d.l.69. Taur. num.*4.Gutierr.*de iuram.*1.*part.cap.*11.*num.*13. D. Larrea *decis.* 16.*num.* 33.

43 Ni el reseruarse algo, quando es de poca cantidad (quanto mas que aqui no se reseruò nada el dicho Francisco Manuel) *Vt notant Ant.Faber.de errorib.pragmatic.Decad.46.error.6. Castrens.in d.l.stipulatio,hoc modo concepta num fin. & alios citans Dom.Larrea dict.decis.*16.*num.* 35.

44 Ni tampoco obstaria, ni bastarià para el valor de la llamada donacion, el dezir se reseruò el vsufructo el Licenciado Francisco Manuel; porque demas que aun en caso que pudiera proceder cõ la dicha reserua, lo limita el señor Molin. *de Hispan.primog.lib.*2.*cap.*10.*num.*25. quando es tan corto, como se dixo sup.num.42. que ni le quedara lo bastante para los alimentos, y menos sacados aquellos, cosa de que poder testar, *ex l.fin.C.de remiss.pignor. & l.pen.§.vltim.ff.de pignor. & advertit Dom.Larrea dict.decis.*66.*num.*37. quando con la reserua del vsufructo, pudiera tener alguna question de derecho comun, estantes las de Toro, y Recopilacion referidas, no la ay conforme a ellas, de que de ninguna manera pueda valer la donacion vniuersal, nec iurata, nec reseruato vsufructu, *vt cum Dom. Molin. Gutierr. Palac.Rubios, Castill. Azeued. y otros lo resuelue el señor Larrea dict.decis.*66.*num.*36. *y en el nu.* 24.*pone la decis. de Granada*, en esta conformidad.

45 Ni vltimamente podria obstar dezir, que la dicha donacion, fue facta causæ piæ en fauor de su alma, y pio loco, para el Conuento, ò Iglesia dõde se enterrasse: *Ex auth. ingressi, & auth. si qua mulier, & l. iubemus, C.de Sacros. Eccles.cap. liceat* 19.*quæst.*3.*c.consultissimus,de regular.cap.qui bona agunt, & cap. vt lex continentia* 17.*quæst.*4.*Gamm.decis.*185.*Iul.Clar.in §. donatio,quæst.*20.*& plures referentes Castillo lib.*4.*quotid.cap.*53.*nu.* 15.*& Dom.Larrea dict.decis.*66.*num.*19. Porque demas que esto tiene su dificultad en los terminos de las leyes del Reyno, y con las limitaciones de la reserua del vsufructo, y cantidad considerable para testar: esto se ha de entender, quando solo, y principalmente interuiene el priuilegio, y fauor de la causa pia, sin mixtura de otra consideracion, ni persona, vt notanter aduertunt, *Tiraq. de priuileg.caus.piæ,priuileg.* 50.*Abb.cons.*48.*num.*3.*Mantic.de contract.lib.*13.*tit.*18.*num.*15. *Dom.Larrea dict.decis.*66.*num.* 38.

G Pero

46 Pero yo estraño esta oposicion, atendiẽdo al hecho, por-
que como passò, fue hazer el Lic. Francisco Manuel la pri
mera escritura que llama de donacion; y defiende don Iuan
Ossorio, è incontinenti su testamento, en que perseuera en
la fundacion pia; y luego que tuuo noticia de las clausulas
exorbitantes de la dicha escritura, reuocarla jurando no las
auia entendido, ni tenido volũtad de otorgarlas, poner plei-
to para rescindirlas: y finalmente por su vltimo testamento
hazer la misma fundacion, y memorias, solo alterãdo el Pa-
tronato, luego aqui el fauor de la causa pia, quedò entero, è
ileso; y solo alterado el Patronato que auia dexado de las di
chas memorias a don Iuan Ossorio, y los sucessores en su ca-
sa, y mayorazgo; con q̃ no se perciben las oposiciones que
haze don Iuan Ossorio, pues si atiende al fauor de la causa
pia, ni es parte, ni tiene que desearla, mas de lo que vltima-
mente dispuso por ella el Licenciado Francisco Manuel, ni
puede tener entrada, sino es considerandose: *Que èl, y su casa,
son el Conuento, ò Iglesia, sepulchro, y lugar pio, y religioso, donde el Li-
cenciado* Francisco *Manuel, quiso dexar sus memorias*, quando aun
dexado a la persona mas propria, y pobre, y aun la dote de
per se, no se tiene por pia, pudiendose considerar otro respe-
to de cõsanguinidad, ò de amistad, *arg. l. tutor. §. quæ tutoribus,
ff. de excusat. tutor. & cum multis, Castill. lib. 4. quotid. cap. 22. nu. 6.
& seqq. & num. 90.* Y assi para la reuocacion del Patronato q̃
se apropio D. Iuan Ossorio, en la primera escritura, no pue-
de tener lugar la consideracion de la causa pia.
47 Tiene otra nulidad la dicha primera escritura que llama
de donacion, y consiste en el defecto de la solemnidad de su
otorgamiento; porque siendo, como parece queda proba-
do, a lo sumo la dicha donacion del Patronato causa mortis,
necessitaua de tener cinco testigos (y no interuinieron en
la dicha escritura mas de tres) *l. final. C. de donation. caus. mort. &
l. fin. tit. 4. part. 5.* Y aunque algunos sintieron, que por la *ley
3. de Toro*, quedò corregida esta solemnidad, y que por ella
bastan tres testigos, la opinion contraria, y que no se corri-
gio por ella, la tienen, y siguen por mas cierta, *Suarez alleg.
20. num. 28. Ceuall. commun. contr. q. 695. n. 33. vsque in fin.* Y el
ponerla solo tres, y todos criados suyos, don Iuan Ossorio,
teniendo cinco a la mano, que se hallaron al testamento que
inmediatamente le hizo otorgar, fue disposicion suya, co-
mo

mo de Abogado interessado, para darla visos, y color de donacion interviuos, como se vee de la instancia q̃ en ella haze aora, y como dixo la *l. si decipiendi, ff. ad Veleian. & l. fine, C. eod. calliditati non est subveniendum.*

48 Y vltimamente tiene otro defecto la llamada escritura de donacion, que siendo tan excessiua de la cantidad q̃ permite sin ella para su valor la *l. sancimus, & l. fin. in fin. C. de donat. & l. 9. in fin. tit. 4. p. 5.* No se insinuò esta donacion por el Lic. Francisco Manuel, antes sin su sabiduria la presentò, è insinuò don Iuan Ossorio, ante la justicia, y aun se puede dezir que contradiciendola el dicho Lic. Frãcisco *Ma*nuel, pues anduuo a buscar la escritura, receloso de la irreuocabilidad que auia entendido se le auia puesto, no solo para contradezirla, sino para reuocarla, como luego que la vio lo hizo, y la insinuacion no obra efeto, no solo quando la contradice el mismo que hizo la donacion; pero aun sus deudos, y coniunctos, alegando que ex leuitate, aut turpi causa donatio facta fuit, vt notat *Bald. in l. ne quidquam, §. vbi decretum, ff. de officio Præsid. & eleganter Greg. Lopez in dict. l. 9. glos. 16. verbo,* con carta con sabiduria, *in fin. dict. tit. 4. p. 5.* Y esta donacion en lo respectiuo a don Iuan Ossorio, bien se vè excede de la cantidad de la ley, para que no valga sin la dicha insinuaciõ; pues el mismo demas de lo honorifico del Patronato, la estima en los 600. ducados de rẽta de las quatro Capellanias, como si huuieran de ser propios para si, y assi lo manifestò a la vista deste pleito, que yo con toda aduertencia lo reparè, pues dixo. *Denme a mi mis 600. ducados de renta, y lleuense lo demas los Padres,* y el requisito de la insinuacion es preciso tam respectu extraneorum, quam coniunctorum donatariorum, *Baldus in l. data aliàs lata iam pridem. 27. numer. 3. & 4. C. de donat. Barbatia consil. 23. num. 14. lib. 2. Rebufus de insinuand. donat. art. 1. glos. 1. num. 8. Gratian. discep. 887. num. 19. & tam in donatione de presenti, quàm in promissione de donando* (para que nuestro dictamen, y el contrario se comprehendan) *Bartol. in l. iusiurandũ in fin. princ. ff. de pactis, & cum alijs multis Gratian. vbi proxim. n. 20 & seqq.* Y sin ella todas las clausulas de la escritura son nulas, *vt probat ipse Gratian. discept. 854. nu. 54. & quod interim nullum ius ex donatione trãsfertur, discep. 887. n. 17.*

49 Ni se satisface al defecto de la dicha insinuacion, con dezir, que siendo por causa pia se dispensa con ella, y no se neces-

cessita, porque se responden dos cosas: La primera, *que Ant. Gomez con la glos. y comun de los DD. in dict. l. sancimus, §. alios vero, C. de donation.* Lleua *tom. 2. var. cap. 4. num.* 10. que esto solo se entiende in donatione facta in Redemptionem Captiuorum: y no es este el caso: Y la segunda, que la dicha donacion, respecto de don Iuan Ossorio, como lo probamos sup. num. 46. no puede tener consideracion de causa pia, y en quanto lo pudo ser, y mirò a la fundacion, y memoria de Missas, y sufragios, ni se ha reuocado, ni trata de reuocar.

50 Y si dixere tambien se limita el requisito de la insinuaciō, en las donaciones remuneratorias: se responde, que aqui no se ha alegado causa, ni beneficio que tuuiesse que remunerar el dicho Francisco Manuel, y si huuiera algunas, las deuia auer probado; y estas deuiā preceder a la misma donaciō, *ex l. rescripta in fin. ff. de munerib. & honorib. vbi Bart. & in l. 1. C. de verb. signif. Imm. Ias. Castrens. & alij relati à D. Solorç. tom. 2. de Indiar. gubern. lib. 2. cap. 7. numer. 94. & in Polit. lib. 3. cap. 8. fol. 305. col. 2.* Donde prueua que tambien se ha de considerar la equiualencia, del seruicio, ò beneficio: y aun en causas pias, y en obligacion de Missas, por argumento del *text. in l. quod autē, §. si vir. & in l. si sponsus. §. circa, de donat. inter.* tiene *con Guido Papa*, y otros muchos, *el señor Larrea d. decis. 66. num. fin.* que se considera por donaciō simple, y que assi se requiere insinuacion, que se ha de ajustar la gracia con lo que se remunera: y que en esto mismo cabe el juizio de la lesion, *latè Grat. discept. 386. num. 4. 13. & quasi per tot. & discep. 409. num. 10. & seqq.* Sin que la supla el juramento, con que hizo la dicha escritura, obligandose a no reuocarla: porque el juramento no suple el defecto de la insinuacion, sino haziendose, y cayendo especialmente sobre la dispensacion, y remission della, *vt in specie, cum multis concludit Stefan. Gratian. discept. 231. num. 11. & discep. 409. num. 28. & 29.* Y tiene menos lugar, quando la escritura, y cōtrato cōtiene en si diferētes nulidades, y excessos, como esta: porque entonces no es el juramento, como la yerba Betonica, q̄ todos los cura, sino solo vno, vt indiuiduæ insinuationis, *cum Bald. Cephal. Menoch. & alijs comprobat Gratian. discept. 27. num. 37. argument. text. in l. fin. C. de dotis promiss.*

51 Y si don Iuan Ossorio dixere que nò la ay, por el grande cuydado del Patronato, de que quedò encargado, y a que se obligò

obligò muy enforma en la escritura, haziendo grande causa dèl el mismo Licenc. Francisco Manuel que lo dispuso, y estas partes que han sucedido en su derecho, se lo remiten, cõ que quedarà sin escrupulo: y vltimamente, quando la causa de la donacion mirò al vtil, y comodo del donador, es mas facil darle lugar a la penitencia, y reuocacion; como el *señor Larrea dict. decis. 66. nu.* 42. lo considera, etiam ratione Missarum, *per text. in l. si pecuniam, §. si seruum, ff. de condit. caus. dat.*

52 Y porque siempre don Iuan Ossorio se halla con insinuacion de la dicha escritura, aunque dispuesta por su mucho cuydado, y diligencia, sin noticia, y assistencia del mismo donador, y solo por el poder que en la misma escritura tambien sea propio para hazerla, demas de lo que se ha considerado, dezimos, que ni aquella, ni la que dio por hecha en la misma escritura el Licenciado Francisco Manuel, son de efeto, porque la que hizo don Iuan Ossorio, solo fue en virtud del poder que le dio para ello en la misma escritura, en que como se ha dicho, la dio por insinuada; porque la insinuacion, como dixo la *l. 9. dict. tit. 4. & part. 5.* es acto judicial, aunque no requiere conocimiento de causa; y assi no le puede hazer la parte: y por esto tampoco la puede renunciar, *Alexand. in l. nemo potest. num.* 12. *& ibid. Iason. num.* 41. *ff. de leg.* 1. *Riminald. Iunior in §. 1. num.* 238. *vsq. ad* 255. *institut. de donat. Gratian. discept.* 474. *num.* 7. *&* 854. *num.* 39. Y es la razõ, porq̃ aquella la introduxo el derecho, algunos dixeron, que por vtilidad publica, como lo trae el *señor Larrea. dict. decis.* 66. *nu.* 7. *&* 8. *y Magon. decis. Flor.* 64. *num.* 60. Pero quando sea solum ad priuatam, es cierto se dispuso, ne quis re sua malè vteretur, ne fraudibus subiaceret, *l. data* 27. *C. de donat. Anton. Faber. in C. lib.* 8. *tit.* 38. *num.* 5. *Gratian. discep.* 854. *num.* 42. *&* 887. *num.* 24. *ipse Dom. Larrea dict. num.* 7. y assi vino este requisito en las donaciones, para cõfirmacion, y continuacion del animo, y perseuerancia del donante, *vt notarunt Ioann. Andræas ad speculatorem, de instrum. edict. §. Porrò, sub rubr. de forma donat. verbo subscribat, post princip. vers. Sed primi dicunt, Dueñas regul.* 224. *col.* 1. *vers. Rationes autem, Albeus. cõs.* 4. *n.* 37. *lib.* 1. *Gratian. dict. discept.* 531. *num.* 30.

53 Y no se puede sacar, ni inducir este animo, dando el mismo donador por insinuada la escritura de donacion en ella misma, ni dando poder en la propia, para que se insinuasse, pues como se vee, no media tiempo para la deliberaciõ que

se requiere para la insinuacion, y en este caso no vale la insinuacion, ni el poder que se da por hecha, ò otorga en la misma escritura, *vt in terminis tradit Gratian. disceptat.* 883. *nu.* 28. ibi: *Quia respondetur, quod mandatum, de quo agimus, videmus processisse ex eadem facilitate, qua & donatio ipsa cum factum sit eodē tempore coram eisdem testibus, & in eodemmet instrumento, in quo fuit celebrata donatio; vnde non potest subsistere mandatum, sicut donatio non subsistit, argum. text. in l. doli, §. diuersum, ff. de except. doli, & ita in specie respondit Beccius cons.* 66. *num.* 28. *&* 29. porque como dize *el señor Larrea d. decis.* 66. *num.* 8. *eadem leuitate quis ad insinuandum posset, vt ad donandum impelli*, trae el exemplo de la renunciacion que hazen las mugeres del Beleyano, y podemos traer lo vulgar del juramēto de los menores, ad quod eadem facilitate, quam ad contrahendas obligationes inducuntur: y asi el señor Larrea vbi proxime, en el num. 9. aun la insinuacion que haze el donador coram iudice, siēdo incontinenti a la donacion, no la tiene por eficaz, ni segura.

54 Y tuuo menos lugar poder vsar del dicho poder, quando el ordenador estaua contradiciendo, y reclamando la escritura: porque contra su voluntad no puede el donatario hazer la insinuacion, *Bart. in l. Modestinus, col.* 2. *ff. de donat. Canarius de insinuat. q.* 8. *Gratian. discept.* 531. *num.* 3. *& discept.* 783. *num.* 10. *&* 14. dando la razon, que como la insinuacion es ratificacion del contrato, no se puede hazer esta, como, ni aquel sin el consentimiento que requieren todos, *ad text. vulgar. in l.* 1. §. *adeo autem, ff. de pact.*

55 Y si esto es asi, como es cierto, menos podrà valer, auiēdo contradicion tan expressa como la hizo el dicho Licenciado Francisco Manuel, no solo con reuocacion clara de la dicha escritura, sino con litigio, que luego que la entendiò puso, pidiendo se declarasse por nula en quanto a su irreuocabilidad, mediante el qual no pudo hazerse la insinuacion, *ex singulari cons. Angel.* 179. *col. vltim. ad medium, vers. Si tamen donatio, num.* 7. *quem refert Gratian. d. discept.* 531. *num.* 1. 2. *&* 3. Y aunque desde el num. 12. parece lleua lo contrario, num. 24. se declara, haziendo distincion de que la regla corre en nuestro fauor, quando hizo la contradicion, y opuso la nulidad de la donacion el mismo donador, que son los terminos en que nos hallamos, y la negatiua, y contraria, quando dixo de nulidad del contracto, ò defecto de insinuacion el tercero.

Aun

56 Aun tiene vltimamente otra nulidad la donacion que por si pretende don Iuan Ossorio, y es que como lo depone Iuan Izquierdo Escriuano, ante quiẽ otorgaron la primera escritura, y testamento examinado por el dicho D. Iuan Ossorio (con que por esto, y ser contra producentem, aunque singular, concluye contra el, *l. si quis testibus, C. de testibus*) sin preuenirle, ni dezirle para que le querian, fueron el, y su hijo a buscarle en su coche, y le lleuaron consigo, sin saber a que, ni a donde, hasta que auiendo llegado à la casa del dicho Licenciado Francisco Manuel, y entrado en su quarto, sacò don Alonso Ossorio las escrituras del pecho, y dixo don Iuan su padre al dicho escriuano: estas son las escrituras que ha de otorgar el señor Licenciado Francisco Manuel, y que luego las otorgò, de que sacamos, que la que llama donacion, fue disposicion propia de los dichos don Iuan, y dõ Alonso Ossorio, escritos, y ordenados los instrumentos por ellos, con que de ninguna manera pueden valer en su fauor los patronatos, y demas facultades, y prerrogatiuas que assi, y para los sucessores en su casa, y mayorazgo sea propio, y dexo, porque tiene contra si todas las *leyes del tit. C. de his, qui sibi adscrib. in testam.* y la fin. hablò aun en terminos de libertad, que es tan fauorecida, como se dixo sup. num. 17. por q̃ el disponerlo assi la persona de quien se valio el testador, se tiene por falsedad; y assi dixo *Ægid. Bos. in tract. crim. super d. tit. num. 1, hoc enim quasi falsum committitur, quando quis sibi adscribit relictum in testamento, & punitur per Senat. Consult. Libonian.* Y en el num. 2. y 3. dize: que esto procede, *siue ita dispositum fiat in testamento in scriptis, siue nũcupatiuo, Farin. de falsitat. q. 150. à num. 180.* El qual aunque en testamento nuncupatiuo escusa de la pena de falsedad, siempre le priua de consegui r lo que se dixo para si, como lo dize en el *num. 182.* proponiendo los mismos terminos, como passò en nuestro caso, de lleuar hechas las escrituras, y entregarselas al escriuano, videndus est ad materiam, *d. q. 150. à num. 175. vsque ad 218.* Y en el *num. 217.* dize: que para prouar la voluntad del testador en el legado que quedò para el que escriuio su testamẽto, si bien para escusarse de la pena del *tit. C. de his qui sibi adscrib.* bastaran dos testigos que depongan de su voluntad, para el valor del legado son menester siete, *allegat Bald. Salicetum, & Aretin.* y no tiene sino tres la dicha escritura, con que de todas maneras queda excluida la pretension de don Iuan

Osso-

Ossorio, del Patronato que pretende se le adjudique por las nulidades notorias de la dicha disposicion.

Argumentos que resultan del dolo, y fraude con que don Iuan, y don Alõso Ossorio procedieron en la dicha disposiciõ, de que se manifestarà otra nulidad notoria.

57 Iremos sacando las congeturas por los tiempos, y passos de la obra, para q̃ vayan cõsequentes: y assi la primera es ver el recato, y secreto, cõ q̃ hechos los instrumẽtos, por si mismos, y de su mano, dõ Iuã, y dõ Alõso Ossorio fuerõ a buscar al escriuano, sin auerle preuenido, y le lleuaron sin dezirle a que, ni adõde, muy de reboço en su coche, hasta q̃ le pusierõ cerrado en la casa, y quarto del dicho Licenc. Francisco Manuel, y entonces hallandose solos, y con este secreto, sacarõ de golpe las escrituras que lleuauan dispuestas a su modo, y fauor para que las testificasse, como sin mas tiempo, ni discurso se hizo, el obrar bien se haze sin escrupulo a todas luzes, y va sin sospecha, *l. non existimo, verf. Et multum refert, ff. de administr. tutor. l. cum ipse tutor, §. fuit quæsitũ, vbi Ripa ff. de contrahend. empt. latè Menoch. de arbitrar. cap. 244. num. 2. & seqq.* Y assi Christo N. Señor para manifestar su inocencia, *Ioann. 18.* dixo: *Ego palam locutus sum*, quãdo se vio que llamado vn Abogado para vna junta, otra qualquier disposicion, no fuesse a cara descubierta, porque solo le lleua el cumplimiento de su obligacion, si fuesse de otro modo con recato, y ocultamẽte, no puede dexar de ser sospechoso: porque el mismo retiro arguye la sospecha del mal obrar; *Ioann. 3. Male agens odit lucẽ*, y viene aquello, de que qui non intrat per hostiũ, &c. Porque quiere Dios, que las luzes que comunica aun en el mayor secreto se publiquen, *Mathæi cap. 10. 27.* ibi: *Quod dico vobis in tenebris, dicite in lumine, & quod in aure auditis, prædicate super tecta, text. in l. 1. §. tria lumina, vbi glos. ff. de ventr. inspiciẽd. l. donatio 25. vbi glos. verbo oculte, C. de donat. d. l. non existimo 55.* ff.

ff.de administr.tutor.l.fin. vbi Gotofred. ff. de ritu nup. y assi dixo el *cap.1. §. cum enim, vbi etiam glos. verbo occultum: quod quæ occulte, & clandestine fiunt suspitione non caret, cap. consuluit 24. de officio de leg. Surd. cons.132. num. 24.* y assi dixo *Oratio in epistola ad Quintium, lib.1. Noctem peccatis, & fraudibus obijce nubem*, y *Quintiliano en lo de ira, lib.3. Cum latrocinium tenebris abscondi soleat, Menoc. lib.4. præsump. 12. per tot. & lib.5. præsumpt.3. num.107. Mascard. de probat. cõclus. 815. num.33.*

58 La segunda nace de lo mismo de auer llamado, y lleuado consigo al escriuano, y testigos para otorgar la dicha escritura, y testamento, porque esto se reprueua aun en las personas que podian tener algun derecho de suceder, *vt notant Menoch. lib.4. dict. præsumpt.12. nu.3. y en el num.4.* prueua tambien, que de lo insolito se arguye dolo, *ex cap. super his, de fide instrum. & glos. in l. si quis sub conditione, ff. de condition. institut. vbi etiam Bald. & iterum, lib.5. præsumpt. 3. num 108 per text. in l. qui fiscales, C. de nauicularijs, lib.12.* Y quando se vio, que los Abogados desinteressados, y que corren con lisura, atendiendo solo a lo que les toca por su profession, anduuiesse en estas andanças; lo cierto es, que a los que lo hizierẽ, solo les podrà mouer su proprio interesse, vsando mal de la cõfiança dellos, se hiziere.

59 La tercera, de auerse otorgado y apropiado a si virtualmente en las dichas disposiciones el dicho don Iuan Ossorio, siendo totalmente estraño el vso, y a lo menos la autoridad en todos los bienes del Licenc. Francisco Manuel, porque quando se busca el estraño, dexando los propios, se presume el mismo dolo, *vt cum Gabriel. & alijs tradit* Menoch. *d. præsumpt.12. num.10. in princ.*

60 La quarta, el auer dispuesto en la dicha escritura la donacion vniuersal de todos sus bienes, presentes, y futuros, ansi lo dize, ibi: *Y demas remanente que resultare de mi hazienda, cumplido mi testamento, assi de la que al presente tengo, y me pertenece, como de toda la demas que adelante tuuiere, y me perteneciere, de que desde luego para despues de mis dias me desisto, y la doy, dono, y cedo en propiedad, y possession a la dicha fundacion, patronato, y memoria, para que perpetuamente sea suya*: porque solo el hazer donacion, no solo vniuersal de todos los bienes, sino de alguna grande suma, la haze sospechosa, y se tiene por simulada, maxime, concurriendo otras congeturas, *l. omnes, §. lutius, ff. de his, quæ in fraud. credit. Bartol. in l. post contractum, num. 2. ff. de donat. quia vt inquit Beccius cons.52. num.77. non est verisimile, quod aliquis vellit se omnibus bonis priuare, & necessitate constituere, Grat. discept at. 255. num.18. 19. & 20. noster Noguerol alleg.26. nu.260. vsque ad 263.* porque realmente, aun en la cosa mas particular resiste la presuncion

cion de derecho a la donacion, *l.cum de indeuito,ff.de probat.& l.Cãpanus,ff.de oper.libert.& plures referens D.Larrea d.alleg.66.num.*1.*& in fin.extendit,etiam si donatio facta fuerit in fauorem causæ piæ, & num.*2.*notat maximè procedere fraudis suspitio,quando nimis spoliat donantem, ex Baldo, Zeph. & Beccio,*a que se junta lo vulgar, de que antes se presume error, y basta qualquier congetura para excluirla, que todo lo recopilò *Mantica de contractib.lib.*8.*tit.*9.*num.*1.*& seqq.*

61 La quinta, las clausulas tan insolitas, y estrañas de disposiciones semejantes que tiene la dicha escritura, que se refirieron sup. num. & ex diuersitate stylli similium dispositionum magna resultat præsumptio contra instrumentum, *cap.licèt,* § *illos quoque, vbi glos.verb.in forma scripturæ, de crimin.fals.vbi etiam Hostiens.nu.*6. *cap.quamuis,vbi glos.& DD.num.*5.maxime, auiendo empeçado la escritura por disposicion testamentaria, y puesto despues las clausulas de contracto oneroso, y insolitas, *Menoch.de arbitr.cas.*187. *num.*43.45.*&* 46.*& melius lib.*5.*præsumpt.*3.*num.*103.*& seqq. Grat. discept.*255.*num.*20.*& seqq. idem Menoch.cons.*1.*num.*338. Y en el *nu.* 341.declarando quales se dizen clausulas insolitas, dize: *Clausulas dici insolitas, quæ sunt, vel contra naturam contractus, vel contra consuetudinem, ac styllum.*

62 La sexta, el auer puesto clausulas tan fuertes, de que ningun juez se entrometiesse en la disposicion, y quenta de las dichas memorias, contra todo derecho diuino, y humano, *Lucæ cap.*16. *cap.qualiter,& quando, de accusat.l.vnica,C.vt omnes iudic. & in auth. vt iudices, sine quoquo suffragio, cap.nos si incompetenter* 2.*q.*7. pues no sugetos a ella los podria lleuar a hazer otros excessos, que considerò la *l.neminem,C.de susceptorib.lib.*10.y juntaron mucho *Mastrill. de magistrat.lib.*3.*cap.*23.*à num.*4.*Grat.discept.*184.*à num.*1.*D. Francisco de Amaya in tit.C.de muneribus & honor.num.*3.*&* 4. *D. Solorçano de Indiar.gubern.lib.*4.*cap.*2.*num.*21. Y por esto no se puede remitir la obligacion de dar la quenta, ni por voluntad del testador, vt ex pluribus tradit *Scobar de ratiotin.cap.*5.*num.*3.*& seqq.& num.* 11. y solo el auer ambiciado tantas prerrogatiuas en el dicho patronato los deuiera excluir, *l.quemquam,C.de Episcop.& Cleric.vbi glos. verb.pretibus, cap.principatus* 1.*q.*1.*vbi, & si fuisset sanctus, latè Barbos.de iure Eccles.lib.*1.*cap.*19.*num.*135.

63 La septima, que como lo dixo, y declarò con juramento el Licenciado Francisco Manuel, no se le leyeron, ni entendio las dichas clausulas, y aunque los testigos criados suyos, que ha examinado don Iuan Ossorio, parece dan à entender lo contrario, no es facil de prouarlo: porque demas de la sospecha de criados, que

que trae *Abad.in cap.in litteris,num.3.verſ.Et credo, de teſtib.* & *arguitur ex l.2.§.familia,ff.vi bonor.raptor.latè Farin.de teſtib.q.55.num.135.*& *ſeqq.*no baſta que los teſtigos digan que ſe hallaron preſentes para perſuadir que el Licenciado Franciſco Manuel entēdio lo que contenia tan contra el la dicha eſcritura, *ex doctrina Bartol.in l.1.§.tutor inuitus,ff.de author.tutor. Felin. in cap. cum cauſa, verſ.Secundò limitatur,de teſtib.optimè Fontan.de pact.nupt.clauſ.6.gloſ.3.p.5.num.80.81.*& *82.Farin.de teſt.q.7.num.156. noſter Noguerol alleg.26.num.71.72.*& *73.*

64 La octaua,que deſpues de auerſe fraguado eſtas eſcrituras, y diſpueſtolas a ſu modo don Iuan Oſſorio, queriendolas examinar el Licenciado Franciſco Manuel, y recelandoſe no huuieſſe en ellas,lo que ſe ha deſcubierto de la dicha irreuocabilidad,en el Patronato que ſe apropiaron para ſi los dichos don Iuan, y don Alonſo Oſſorio,y aun entēdidolo por ſus propias jactancias, le coſtò muchas diligencies el deſcubrirlas,porque las tenian ſacadas,y en ſu poder don Iuan Oſſorio;y auiendolas viſto,y reconocido,que tenian tantos nudos contra ſu voluntad,las reuocò luego,y dio por nulas ante Franciſco Suarez eſcriuano deſta cauſa,y el ocultar los inſtrumentos,y retardar el manifeſtarlos, es tambiē preſumpcion de fraude, *vt notat Bald. in l.fraus,num.3.ff.de legib. Menoch.lib.2.præſump.91.num.5.Noguerol.allegat.26.nu.125.*& *126.*

65 La nona congetura es,que auiendoſe mouido eſte pleito en la viſta primera que ſe hizo del,ſobre que ſe ſalio con auto de manutēcion,ponderandoſe la demaſiada cautela de las clauſulas (q̃ arguye dolo) *ex Mantic.de coniectur.lib.3.tit.14.n.5.*& *D. Larrea d.alleg.66.num.5.*dixo don Iuan Oſſorio publicamente:*Era yo bobo? y que auia diſpueſto la eſcritura con las dichas clauſulas con todo cuydado, para que no la pudieſſe reuocar,*y eſta jactancia,aun en lo criminal,dō de ſe requiere mayor prouança,por la *l.fin.C.de probat.* arguye indicio del delito ſuficiente para tortura,maximè in perſonis aſſuetis ſimilia perpetrare(ſiempre que tocare en eſto, aunque preciſamente hablarè muy depaſſo, remitiendome a los lugares que citarè, porque me cauſa horror,y dolor hablar dello) *Maſcard.de probat.concluſ.871.Farin.de indic.*& *tortur.q.50.n.1.*& *ſeqq. videndū.*

66 La decima,y vltima,q̃ es la que cō mayor laſtima refiero, es el memorial impreſſo que ſe ha pueſto en el oficio, que dio en manos de ſu Mageſtad,y muchos de ſus mayores miniſtros, y don Diego Mogica ſu yerno de don Iuan Oſſorio,en que le repreſenta con mucha claridad,y ſentimiento,infinitos fraudes con ſupoſicion(por no llamar falſedad)de eſcrituras q̃ hizo con el, demu-

cho

cho interes, y perjuizio en materias de su hazienda, en tiempos q̃ la administrò don Iuan Ossorio, el qual de ordẽ de su *Magestad*, y del señor Presidente de Castilla, se remitio al Alcalde don Bernardo de Cerucra, para que lo aueriguasse, y me dizen examinò 32. testigos, con quienes todo se comprobò; y por su muerte quedò en este estado; y vltimamente se ha presentado en este pleito la querella que publicamente sobre lo mismo, y otros sucessos, ha dado en este Tribunal el dicho don Diego Mogica contra el dicho D. Iuan Ossorio su suegro, y el traslado de la sumaria, donde se verà lo que ha corrido, y como se le tomò su confession, y fue preso; yo no digo que es cierto, ni mas de lo que he visto por los papeles; pero por si lo fuere, solo referirè por argumento el q̃ haze *el cap. semel malus, de reg. iur. in* 6. de q̃ latamente tratan *Menoch. lib. 5. præsumpt.* 32. *Iul. Clar. §. fin. q.* 21. *nu.* 1. *Farinac. in prax. q.* 13. *n.* 21. *& latè de falsitate, quæst.* 153. *num.* 146. *& seqq.* Y lo que dixeron en esta materia los *Emperadores, Seuero, y Antonino in l. 2. C. de furtis*, que no solo se ha de incluir el hecho, sino tãbien sola la sospecha, ibi: *Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspitionem mudatis.*

67 Y si el fraude, y simulaciõ se cõgetura, ex multiplicitate cautelarum, *vt notant* Menoch. *lib. 3. præsump.* 122. *num.* 67. *Beccio consf.* 213. *num.* 45. *lib.* 2. *Noguerol. allegat.* 10. *n.* 33. maximè in ciuilibus, que solo basta la sospecha para condenarla por tal, *ex Archidiacon. in cap. in memoriam, n.* 12. *distinct.* 19. *Thesaur. lib. 2. q. forens.* 47. *in princip.* Farinac. *de falsitat. q.* 152. *num.* 1. *& seqq. iterum Noguerol. allegat.* 26. *num.* 147. Que diremos quando ay tantas, como se han referido, y se pudieran referir otras muchas, que omitimos; diziendo con Iur. Cõs. *in l.* 1. *ff. ad* Macedon. *ne quid amplius diceretur*, pues ex concursu earum, nõ solum simulatio, & fraus, sed etiam delictum præsumitur *Bald. cons.* 364. *col.* 2. *vers. Probatio, lib.* 3. Menoch. *lib.* 1. *præsump. q.* 41. *num.* 12. Y quando en estas materias, por ser dificil probança, como dize Menoch. *lib. 5. præsump.* 36. *num.* 2. *& præsumpt.* 41. *num.* 27. *& lib. 5. præsumpt.* 3. *à num.* 42. bastan dos para prueba concluyente della, *Secundum Parisium cons.* 55. *n.* 29. *& seqq. lib.* 1. *Crauet. cons.* 156. *num.* 7. *Decius cons.* 587. *Rota Genuens. decis.* 184. Mascard. *cõclus.* 438. *num.* 11. *Farin, de falsit. q.* 162. *num.* 106. Con que se ve sobran muchas en las referidas, para dar el dicho contrato por nulo, por lo fraudulento del, y al juez, y su oficio le toca el euitarlas, *vt per tex. in l. congruit, de officio Præsid. notat in terminis donationis, Gratian. dicept.* 887. *num.* 7. pues aun sin interuencion de fraude, si la donacion, aun de cosa particular, si se hizo con persuasiones aunq̃

jura-

jurada, se ha de dar, y tener por nula, *vt cum multis tradit Thesaur. decis. Pedem. 32. nu. 7.*

68 Y si por lo que se ha dicho en el num. 66. y lo demas deste discurso, se puede arguir alguna sospecha, esta materia es tan priuilegiada, que basta para suspender desde luego qualquier tutela, ò administracion, *l. Lutius 21. §. idem respondit, ff. ad municipal. l. cum quem, C. de suspect. tut. l. si aliquid, C. de Susceptor. & Arca, lib. 10. et l. quicumq; C. de diuers. offic. §. si quis autem 7. instit. de suspect. tutor. cap. super eo, de election. Bart. in l. vnica, et per illum tex. C. de reis postulan. Caualcan. resolut. crim. lib. 1. casu 121. a num. 1. Guttierr. de tutel. 2. part. cap. 18. num. 10. Dom. Larrea allegat. 98. num. 62. Noguerol. alleg. 8. num. 10.*

69 Y por la dicha sospecha puede no admitir el juez, ni confirmar, aũ al tutor testamẽtario, *l. suspectũ, ff. de suspect. tut. §. suspectus, & §. fin. instit. eod.* harto quisiera escusar de poner las palabras de la *l. 1. tit. 18. p. 6.* Pero aunq̃ tuue intento de omitirlas, confiesso se me ha hecho escrupulo, por juzgarlas tan importantes para la defensa destas partes, dize en ella el señor Rey don Alonso: *Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que es de tales maneras, que pueden sospechar contra el que desgastara los bienes del huerfano, ò que le mostrara malas costumbres. E maguer este a tal fuesse rico, è quisiesse dar fiador de guardar, è aliñar los bienes del moço, por todo esso no le deuen dexar en su guarda, porque tal fiadura no le toldria al guardador el mal entendimiento, ò mala voluntad, que huuiesse en gastar lo del huerfano, & ibi: E las otras razones porque pueden toler a los guardadores los huerfanos, ò dar otros en su lugar, son estas, asi como si alguno huuiesse seido guardador de otro huerfano, è ouiesse procurado mal los bienes del, Gutierr. de tutel. 1. part. cap. 7. num. 16. & 17. & 2. p. cap. 18.* porque el juez siempre tiene mano superior en el conocimiento de la conueniencia de la tutela, ò otra administracion, *l. in confirmando, & l. vtilitatem, & toto tit. ff. de confirmand. tutor. Spino in specul. testamentor. glos. 29. num. 15. Gutierr. de tutel. 1. p. cap. 3. num. 13. 14. & 15. vbi nu. 13. ait: Cum vtilitatem minoris non vero, quod testator præceperit, quando est vtilitati minoris contrarium, & damnosum, inspicere debet, iuxta text. in d. l. vtilitatem penult. ff. de confirmand. tutor.* cuyo texto en el caso en que estamos, en que don Iuan Ossorio solo dize pretende, y no puede pretender mas que el patronato, por el nombramiento que en el hizo el Licenciado Francisco Manuel en la primera escritura, solo por auerlo reuocado despues, decide este punto, porque dize el texto: *Vtilitatem pupillorum prætor sequitur, non scripturam testamenti, vel codicillorum, nam patris voluntatem prætor, ita accipere debet, si non fuit ignarus, scilicet eorum, quæ ipse prætor de tutore com-*

K per-

perta habet. Quid denique si postea de eo, quem pater testamento codicillis vè non iure dedit, scripsit tutorem esse nolle? Nempè non sequitur primam volũtatem prætor à qua pater discessit, text. etiam expressus in l. si hæreditas 10. §. 1. ff. de testam. tutella, ibi: *In tutellis testamẽtarijs, id sequimur quod nouissimum est, & si sæpius tutor datus sit, nouissimam scripturam tuemur.* Y lo mismo auia dicho antes la *l. tutor. 8. §. fin. eod. tit.*

70 Y assi por esto, aunque el padre puede nombrar tutor al hijo en su testamento, y el juez regularmente le deua confirmar, *l. 3. & l. si filio, ff. de confirmand. tutor. §. fin. Instit. de tutor. Gutierr. de tutel. d. 1. p. cap. 3. num. 8. & 17.* no se puede inferir en la administracion sin la dicha confirmacion, *l. 1. in fin. ff. de confirm. tutor. l. curatorem, ff. de neg. gest. l. pen. in fin. C. de testam. tutel. Bart in l. legitimæ, num. 3. ff. de leg. tutor. Capicio decis. 129. num. 1. Gutierr. d. 1. p. cap. 3. num. 21. cap. 5. n. 6. & 9. & cap. 12. num 6.*

71 No sè yo lo que sucederia si se diesse a don Iuan Ossorio, y sus sucessores este Patronato, especialmente con la libre facultad q̃ se le apropiaron; pero se han de preuenir, y procurar assegurar los peligros, *l. Sancimus, C. de Consulib. lib. 12. l. 1. tit. 5. part. 2. Ossascus decis. 24. num. 8. Salgad. de protect. Reg. 1. part. cap. 2. num. 75. & de rentent. Bullar. 1. part. cap. 5. à num. 63. Gutierrez de tutel. 2. p. cap. 16. num. 26. Grat. discept. 700. num. 5. optime Aristot. lib. 5. Politicor. cap. 4. & lib. 3. æthicor. cap. 6. sunt enim, inquit, nonnulla mala quæ quidẽ metuere oportet, & honestum est, & non timere turpe, y Cassiodor. lib. 3. epistol.* 48. dixo: *Tamen prudentia nihilominus est cauere, etiam quæ non putantur emergere; quia melius est in tempus occurrere*, como dixo la *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitut. non est necess. & l. 1. C. quando licet vnicuique, sine iudic. se vindic.* Boer. *decis. 61. num. 15.*

72 Y assi aunque don Iuan Ossorio tiene por si el instrumento para el patronato que pretende, a que regularmente se ha de estar: porque se dize probatio probata, *Bald. in cap. 1. in princ. de feudo dato inuicem, l. commiss. Decius cons. 488. num. 1. & quæ tradit Dom. Larrea d. decis. 66. num. 13.* no dexa de estar sugeto a conuencerse por contrarias prouanças, vt in terminis donationis notat, & conclu- dit *ipse D. Larreà vbi proximè num. 34. videndus.*

73 Con que tanto por la nulidad de la llamada donacion, quanto por las sospechas del fraude con que se obrò, è inconuenientes q̃ de su obseruancia se puedẽ temer resulten: y vltimamente por su expressa reuocacion que della hizo el Licenciado Francisco Manuel, parece que en lo principal se ha de declarar esta causa cõtra don Iuan Ossorio, y en fauor destas partes.

AR-

74 Este articulo que mira a que caso no procediesse el primero en quanto a la reuocacion que el Licenciado Francisco Manuel hizo por la escritura della, y su vltimo testamento de la primera disposicion, y fundacion del patronato en fauor de don Iuan, y don Alonso Ossorio, y sus sucessores, pudiesse el dicho fundador nombrar Capellanes perpetuos, y Religiosos, como lo hizo en su vltimo testamento, en los que tuuiessen los oficios que refiere del dicho Conuento, parece ocioso (y aun sin causa escrupuloso) porque quedando al parecer bastantemente fundado en el discurso del primer articulo, que fue reuocable la primera disposicion, no auia que descender a este, de que quando no fuesse tan segura, podia en qualquier caso, y en virtud de la reserua que hizo en la primera disposicion, nombrar, como lo hizo, para en qualquier caso en su vltimo testamento, por Sacerdotes que dixessen las Missas de sus memorias à los dichos quatro Religiosos que se han referido, con que muy sin perjuizio de lo que se ha dicho en el dicho primer articulo, ex abundanti, se fundarà la pretension deste, que se diuide en dos puntos.

75 El primero, si los dichos Religiosos, y su Religion son capaces de tener, y fundarse en su fauor semejantes memorias, y aniuersarios, y dezir las Missas dellos.

76 Y el segundo (que es lo mas principal del articulo) si el dicho Francisco Manuel pudo seclusa reuocatione primæ dispositionis, adhuc en virtud de la reserua della, nombrar para dezir las Missas a los dichos Religiosos, aunque fue por razon de oficios, con que se reducen a perpetuos.

Punto primero.

77 Quiere en quanto a esto don Iuan Ossorio vencer a estas partes, valiendose de sus propias armas, diciendo, que por el §. 11. *del cap. 7. p. 1. de las Sagradas constituciones desta Religion*, se prohibe tener censos, y bienes muebles, etiam ex causa tit. Capellaniæ, ibi: *Sancimus ne Conuentus nostri possessiones, annuos redditus, siue alia immobilia bona, ex quauis causa, seu tit. siue sit ratione Capellaniæ, aut docendæ Grammaticæ, siue alterius scientiæ, siue Orationis tit. possit habere, &c.* Y mudando don Iuan Ossorio la naturaleza destas memorias, reduciendolas a vna Capellania colatiua, ò otro contrato reciproco, no serà mu-

mucho ajuste la dicha prohibicion; pero mirando la sustancia de la disposicion, que fue solo, como en ella se dize, hazer vnas memorias de Missas, agenas totalmente de calidad, y naturaleza de beneficios, y de sugecion a la jurisdicion Eclesiastica, en tanto que por el mismo caso que se quisiesse entremeter en ellas, dispuso se conuirtiessen en otros efectos, no estan comprehendidas en la dicha prohibicion, antes es capaz dellas esta Religion, por medio de sus Religiosos, *por el* §.14.*del mismo, cap.7.citado de las dichas constituciones,* ibi: *Item ordinamus, ne Conuentus, aut Collegia nostra perpetuum Missarum onus possint admittere pro eleemosina statim, siue in edifitijs, siue in alia re consumenda, sed sicut onus perdurat, ita eleemosina perpetuo conseruetur:* de manera que siendo correspectiua la carga, y obligacion destas Missas a la limosna de las dichas memorias, aunque perpetuas, no las excluye la dicha constitucion, ibi: *In d.* §.17.*ita eleemosyna perpetuò conseruetur,* y es bien en terminos la decision 112. de Pereira, maximè num.3. porque habla en punto de Aniuersarios, en vn caso con vn Conuento de la Religion del Carmen.

78 En este mismo Conuẽto ay otras memorias perpetuas de Missas, fundadas como estas, por el señor don Iuan Chumazero, Presidente que fue de Castilla, y el señor don Francisco Antonio de Alarcon, que lo fue del de Hazienda, y otras infinitas en los demas de todas sus Prouincias, y tablas publicas de aniuersarios perpetuos en sus Sacristias, que no es de creer, nadie las hiziesse, ni Conuento de Religion tan atenta las administrasse, estante la prohibicion que se opone, y todas las reglas, y las leyes admiten interpretacion de su obseruancia, y costumbre, *Ad text. vulgar. in l. minimè, & l. si de interpratatione, ff. de legib. cap. cum dilectus, de consuetud. cum vulgatis.*

79 Y se comprueba lo mismo; de que siendo la Religion del Serafico Padre San Francisco, la mas estrecha en su instituto, y voto de pobreça, son capaces de tener, y tienen semejantes memorias, como lo asienta *Siluestre in sum. verb. legatũ el 2. sub. n.4. vers. Tertio Petrus,* á quien sigue Fr. *Manuel Rodriguez q. regular. tom.2. q.197. art.4. y el Padre Fr. Tomas de Iesus desta Religion, in expositione regulæ Sancti Francisci, p.5. cap.3. vers. Possunt præterea, & nouissimè Sanchez de Religion. lib.7. cap.26. num.43. & seqq.* Y la razon es, porque por estas memorias, y sufragios, no quedan libres de la mendicidad con que deuen viuir, conforme al *cap.1. de Relig. domibus in 6. & cap. nimis, de excessib. prælator.*

SE

80 Aſſentada la capacidad en eſta Religion, por quê medio de ſus Religioſos pueden tener las dichas Capellanias, no colatiuas, ni beneficiales, ſino a modo de memorias, y aniuerſarios, como el teſtador las diſpuſo: y para que las tuuieſſen, como lo dize en ſu vltimo teſtamento, ibi: *Para que las gozen, y cobren por ſi miſmos, ò quiẽ por ellos lo aya de auer, conforme a ſus ſagradas* Conſtituciones, como puede don Iuan Oſſorio contradezir el nombramiento de Sacerdotes para dezir las Miſſas que en los dichos Religioſos hizo el Lic. Franciſco Manuel.

81 Porque ſi miramos à la facultad que tuuo, eſta conſta de dos medios. El vno, de la reſerua que el miſmo hizo en la primera eſcritura, de cuya nulidad ſe trata, pues hablando de la facultad del nombramiento que dexò a los Patronos, dize: *Los quales Sacerdotes, yo en mis dias reſeruo el nombramiẽto, y deſpues dellos los hã de nombrar los Patronos, &c.* Pues ſi el Licenc. Franciſco Manuel reſeruò en ſi el dicho nombramiento, que agrauio hiziera a los Patronos, quando valiera la dicha eſcritura en auerlos nombrado, quando es llano, que lo reſeruado no ſe dize transferido, ni comprehendido en lo donado, ſino ſeparado dello, *l. & ſiquis* 14. *§. plerique, ff. de Relig. & ſumpt. funer. l.* 3. *§.* 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſoluit. l. penult. ff. de aqua quotid. & æſtiu. Crauet. conſ.* 33. *num.* 37. *Surd. cõſ.* 152. *num.* 34. *& conſ.* 402. *num.* 4. *Gratian. diſcept.* 470. *num,* 8. *&* 9. *& diſcept.* 554. *num.* 12. *Menoch. conſ.* 2. *num.* 57. optimè pluribus iuribus, & deciſionibus Senatus comprobat *Fontanel. de pact. nup. clauſ.* 7. *gloſ.* 2. *part.* 2. *a num.* 36. *&* 49.

82 Y el ſegundo, porque quando no huuiera hecho la dicha reſerua el Lic. Franciſco Manuel, por ſer fundador de las dichas memorias; pues no quiſo que los Patronos nombraſſen los Sacerdotes que huuieſſen de dezir las Miſſas, haſta deſpues de ſus dias, le tocaua a èl el Patronato, y nombramiento, *cap. nobis de iure patronat. Flamin. Pariſ. de confident. q.* 28. *num.* 231. *Nicolas Garc. de Beneffic.* 5. *part. c.* 9. *num.* 62. ibi: *Fundans conſtruens, vel totam Eccleſiam ſeu Beneſſicium, acquirit ius Patronatus, etiam ſi illud non reſerbauerit, dummodo expræſſe non remiſſerit.*

83 Lo qual nace de la libre facultad que el fundador tiene de poner en la fundacion las condiciones que quiſiere, *vulgar. text. in l. in re mandata, C. mandati, Riccius in Curia Ar chiepiſcop. p.* 2. *decìſ.* 29. *per tot. Lara de anniuerſar. lib.* 2. *cap.* 9. *nu.* 31. *Barboſ. in collect. cap. cum. dilectus, de conſuetud. num.* 3. *&* 4. y de que ſiempre perſona loquentis

L cen-

censetur exceptuata, *l. inquisitio, C. de solut. cap. quisquis, de præbendis, Bald. in cap. cum omnes, col. 9. vers. Sed ecce, de constit. Ioann. Andræas in c. vt animarum, eodem titul. in 6. Surd. cons. 47. num. 20.*

84 Y auiendose reseruado el Lic. Francisco Manuel por sus dias, el dicho nombramiento, aunque para despues de los suyos, huuiera dexado esta facultad a sus Patronos, les pudo perjudicar en ella, quitandoles (vsando para si del todo de la dicha reserua) la facultad de nombrar los Capellanes que les tocara, no auiendoseles consumido con el nombramiento que hizo, en virtud de la dicha reserua: porque auiendose reseruado la dicha facultad, sin limitacion alguna, quedò con el arbitrio libre, y no regulado, ni limitado a ninguna forma de disposicion, *l. fideicommißaria libertas, ff. de fideicom. libert. Bartol. in l. alio, num. 9. ff. de aliment. & ciuar. legat. Iason in l. si sic. num. 33. ff. de legat. 1. Surd. cons. 10. a nu. 50. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 8. n. 48. Fontan. de pact. nup. claus. 4. glos. 25. num. 30.*

85 Y porque auiendoles dexado a los dichos don Iuan, y don Alõso Ossorio, la dicha facultad de nombrar los Capellanes, reseruãdose para si el fundador el poderlo hazer en sus dias, pudo en virtud de la reserua, como se ha dicho, quitarles toda la facultad, auiendo vsado por si della: mas apretados son los terminos de los textos, y doctrinas que hablan, quando se instituye por heredero, ò haze a vno donatario, con obligaciõ de restituir lo que quedare; en cuyo caso, si el heredero, ò donatario lo consume todo, no tiene derecho a nada el substituido, ò llamado, *l. item, quod Sabinus, §. vnde idem, vers. Aliter atque, ff. de hæredib. instituend.* ibi: *Quoniam cum nil reliquum sit, ex nulla parte hæres institutus est, l. defuncta 58. §. pen. ff. ad Trebel. l. rescriptum, ff. de his quib. vt indig. l. 4. §. ad l. Iuliam, ff. ad l. Iuliam peculat, l. ex pluribus, ff. de acceptilla, & l. reliquorum, ff. de verbor. siginfication. l. 4. vbi Baldus num. 4. C. de transact. l. 2. C. de hæred. instit. & auth. contra cum rogatus, C. ad Trebel. Gamma decis. 103. num. 1. & 2. latissimè Castill. lib. 4. quotid. cap. 16. num. 19. & seqq. Noguerol. alleg. 14. num. 21. vers.* Idem probat, *& n. 22. qui dicto vers.* Idẽ probat, *inquit: Et residui donationis, seu legati permittur alienatio totius, sine præiudicio donatarij*: Los quales lo põderã mas quando se procedio en causa lucratiua (como meramente lo fue esta) auiendo hecho la dicha reserua el Lic. Francisco Manuel, el dexar despues de sus dias facultad de nombrar Capellanes, a don Iuan Ossorio, y sus descendientes, fue como subtacita conditione, de si les dexara caso en que poder nombrar, como en el propuesto lo aduierte *Castillo vbi proximè, num. 20*: ibi: *Et dictum verbũ remanente intelligitur, si reliquum fuerit*, y en terminos desta materia, y en semejantes, *ex Bald. & alijs tradit. idem* Garcia de *Beneffic. 5. part.*

cap.

cap.9.num.63.y en el num.64. trae vna decision puntualissima al intento de la Rota, que al fin deste numero dize fue dos vezes confirmada por ella, y parece puede ser deste pleito, por ser iguales terminos del, pues en el caso della dize, que como aqui el fundador nombrò los Patronos simpliciter, y dixo la *Rota: Non ideò excludit se ipsum*, porque como se dixo sup.num. 83 persona disponẽtis, semper censetur exceptuata, & quoad suum præiudicium non comprehensa in obligatione, *optimè Surd.cons.350.num.30.*

86 Sin que obste el argumento que haze don Iuan Ossorio, que si tuuiesse efecto el nombramiento de Capellanes perpetuos, que por oficios en los dichos Religiosos hizo el Licenciado Francisco Manuel, nunca se podria verificar en el, ni el patronato, ni el poder nombrar Capellanes.

87 Porque lo vno, se responde con la misma reserua que hizo el fundador, en quien no se ha de hazer caso, si queda inutil el fideicommisso, ò llamamiento del residuo de la donacion, assi lo aduierte *Castill. vbi supr. num.19. post medium*, ibi: *Nec eo casu interest, quod nil remaneat, cum ratio superior ne inutile sit fideicommissum, vel grauamẽ, in ipso disponente non militet.* Y si no se limitò la reserua, ni dexò a don Iuan Ossorio mas que el nombramiento que le quedasse despues de sus dias: porque ha de querer alargar esta obligacion contra el que obraua en sus bienes de su voluntad, sin dependencia reciproca alguna, quando nadie se ha de dar por obligado en mas de lo que quiso, *l. fin. C. de fideiuss. & in terminis fundatoris Perinis de Prælatis q.3. cap.1. §.6. num.163.*

88 Particularmente en los contractos (quando se diga lo fue este) que por ser stricti iuris, strictè sunt accipiende, *l. veteribus, ff. de pact. l. quidquid astringende, de verb. oblig. & cap. cum dilect. de donat. Roland. cons.58. num.58. lib.3. & cons.100. num.90. lib.4.* y dixo *Bald. cons.145. col. pen. lib. 3. quod contractus non recipiunt interpretationem ampliatiuam, sed arctatiuam, etiam si sine ea promissio stare non possit, idem Roland. d. cons.58. num.64. lib.3. D. Valençuel. cons. 33. num. 272. & seqq.*

89 Y auiendo dispuesto en esto sus bienes el Licenciado Francisco Manuel, deue ser fauorecido, etiam cum alterius detrimento; quia impari casu melior est conditio prohibentis, *l. Sabinus, ff. communi diuidund. Oldrald. cons.122. in fin.* Lo qual tiene mas lugar en fundadores de semejantes memorias: porque pueden limitar, y variar el patronato, *ex Garcia de benef. p.5. cap. 9. num. 63.* Lo qual procede con mayor razon obrando, como se ha dicho, en lo que reseruò, vt etsi generaliter loquens, optimè tradit *Fachineus lib. 6.*

con-

controuerſ.q.90.litt.B. Y en la letra F. viene a reſoluer lo miſmo en nueſtros terminos, y *Riccius in Curia Archiepiſcop.3.p.deciſ.* 189.*n.*4. ibi: *Quia fundans iuspatronatus cum conditione, quod præſentari debeat aliquis de familia ipſius, non cenſetur voluiſſe, ſibi ligare manus quoad præſentationes ab ipſo faciendas, ita vt non poſſet extraneum præſentari, idem tenent* Menoch.*lib.3.præſumpt.*144.

90 Lo ſegundo ſe reſponde, que tampoco procede la opoſicion de don Iuan Oſſorio, en dezir, que quedando los dichos Religioſos nombrados reſpecto de ſus oficios, como por Capellanes perpetuos, viene a quedar ſin Patronato, por faltarle la dicha facultad (eſto nacerà, porque no haze eſtimacion de otra coſa) porque es muy diuerſo el iuspatronatus del ius preſentandi, pues demas que ay muchos Patronatos ſin ſubſiſtencia de preſentacion, como de Igleſias, Conuentos, y Capillas, quando en ellos concurran, como ſucede vno, y otro, no es incompatible, que apud vnũ ſit iuspatronatus, & apud alium ſit ius præſentandi, *cap. ex litteris 7.de iur.patronat.* y aſsi el depoſitario, y ſequeſtratario que no lo tienen, pueden preſentar, *l.licèt 17.ff.depoſiti, l.intereſſe 39.ff. de acq. poſſeſ.l.ſequeſter 103.ff.de verb.ſignif.gloſ.in Clement.1.de ſequeſtr.poſſeſ. & fruct.Barboſ.in Collectan.d.cap.ex litteris, num.*8. Y en el 6. dize lo propio del tutor, ò curador en la herencia jacente, y por eſto no ſe opone la ſeruidũbre al dominio, *l.fin.§.fin.ff.de contrahend. empt. l.1.§.in perpetuum, ff.ſi ager.vectigal.vbi Bartol.l.rectè dicimus 25.de verb.ſignif.l.4.ff.de vſufruct.* Y aſsi dixo *Pedro Barboſ.in l. ſi alienam 12 num.59.ſoluto matrimonio, cum ſeruitus, & vſusfructus non diminuat dominium in ſubſtantia, ſed tantum eius vtilitatem*, y hablando en los emphiteoſis *Guid.Pap.deciſ.264.Maſtrill.deciſ 58.num.*12. y con otros muchos *Fontanel.de pact.nupt.clauſ.4.gloſ.18.part.1. num.79. & 138.* concluyen no es incompatible, que el directo dominio eſtè en vno, y el vtil en otro, & ita inquit *Fontan.dict.num.* 138. *non obſtare ſemper præſcriptioni, quod non eſſet cenſus in nuda perceptione, ſed cũ directò dominio, licèt illum penes alium exiſteret, quod non erat inconueniẽs, Cutel.deciſ.21.num.*42. Y finalmente no es de eſſencia del Patronato tener preſentacion, pues ſu difinicion ſolo contiene lo honoroſo, oneroſo, y vtil que diximos ſupr.num. 34 y reduce con muchos *Barboſ.de iure patronat.lib.3.cap.12.num.*2. Lo honoroſo a la eſtimacion que ſe ha de hazer del: Lo oneroſo al cuidado que ha de tener de la Igleſia, ò lugar fundado, y lo vtil a ſer alimentado de ſus rentas en caſo de neceſsidad; y como tambien diximos ſupra num. 15. aunque no huuiera dexado Miſſas, ni Capellanes el Licenciado Franciſco Manuel, ſino fundadolas en el dicho

Con-

Conuento, ò en otro pudiera subsistir el Patronato en los otros efectos que se han dicho.

91 Ni tampoco obsta dezir, que la disposicion del Licenciado Francisco Manuel en la primera escritura fue, que los Capellanes auian de ser Sacerdotes (añadele don Iuan Ossorio, que dize, *pobres*, y no lo contiene) porque al principio solo dize, Sacerdotes absolutamente, y en la segunda hoja, hablando de los dichos Sacerdotes, solo aduierte, ibi: *Los quales han de ser de buena fama, y costumbres, y que cumplan puntualmente con las dichas quatro Missas cada semana*, y en la reserua que se ha dicho hizo para poderlos nombrar el, tampoco dize mas, *de los quales Sacerdotes*, y quando dixera pobres, mas se verificara en los Religiosos, y en el dicho Conuento desta Religion, que por voto professan serlo: y es essencial en ellos, como el de la Obediēcia, y Castidad, *D.Thom. 2. 2. q. 186. art.6. de quibus latè Campanil. diuers. iur. rub. 12. cap. 5. num. 2. & cap. 6. 7. & 8.* Si atendemos lo de virtuosos, y buena fama, no digo que todos no lo son, y que lo fueran los que nombraran don Iuan Ossorio, y sus sucessores, sino huuiera preuenido de antemano el nombramiento el fundador; pero no podemos negar que el estado de Religioso tiene por si la presumpcion por sus mismos institutos, y votos essenciales de vida mas perfecta, y à este passo es mas graue, y circunstanciado en ellos qualquier pecado, *vt idem D.Thom. d. q. 186. art. 10. Siluester in summa, verb. Religio, 6. q. 14. Sanchez de Religione lib 6. cap. 4 num. 7.* porque quando non teneantur esse perfecti; *tenentur tamen tendere ad perfectionem sub pena peccati ex ipso D.Thom. 2. 2. q. 184. art. 5. ad 2. & d. q. 186. art. 2. Abulens. cap. 19. Matth. q. 144. Nauarr. de Regular. commentar. 1. nu. 10. & cum alijs Sanchez de Religion. d. lib. 6. cap. 5. num. 1.* Y assi pueden passar, ò por mejor dezir, entrar en Religion los Clerigos seculares, sin licencia alguna, como a vida mas perfecta, *Glos. in cap. admonet. de renuntiat. cap. fin. 19. quæst. 2. Sanch. in præcepta Decalogi libr. 4. capit. 25. numer. 48.*

92 Y boluiendo al punto en que insta don Iuan Ossorio, de dezir que por la palabra Sacerdotes, que dispuso el fundador, fuessen los que huuiessen de dezir las Missas de las memorias, solo se hā de entender los Sacerdotes Clerigos de san Pedro, tampoco es cierto, porq̄ esto de ser Sacerdote se verifica en qualquier Presbitero, cū ex eo solū dicatur Sacerdos, quia Sacrū dat, *cap. Cleros, vers. Præsbit. 21. distinct.* que son los que instituyò Christo despues de la consagracion, y entrego de su Santissimo Cuerpo, y Sangre,

M quan-

quando les dixo: *Hoc facite in meam commemorationem*, para que despues hiziessen oblacion deste Diuinisimo Sacramento, como lo dize *el Concilio de Trento sess.22.cap.1.post mediũ, & de materia Barbos. de iure Ecclesiast.lib.1.cap.34.n.1.& 7.* Y aunque in materia stricta, & odiosa, Clericorum appellatione non comprehendantur Regulares sub regula viuentes, *Abbas in cap.1.n.7.ne Clerici, vel Monachi, & in cap.1.n.13.de instit.Roman.cons.259.& 418.* como en la censura, y entredicho, *Enriquez in summa lib.13.cap.42.§.3.Couarr. in cap.alma mater p.2.§.1.num.8.vers.5.Manuel Rodriguez de Regula tom.2.q.108.art.3.in princ.* en la lata significaciõ appellatione Clericorum, veniunt etiam Clerici Regulares, *Castrens.cons.337.lib.1. Thuscus litt.C.conclus.367.num.2.& 3.Marius Anton.var.resolut.lib.1.resolut.fin.casu 50.vers.2.* y lo mismo, y mejor procede en lo fauorable, *Felin.in cap.non dubium, n.1.de sentent.excommunic. Siluester in suma verbo Clericus, §.1.n.1.idem Marius Anton.d.lib.1. var.resol.112.casu 63.sub vers.Primo.Dueñas regula 99.ampliat.3.& regula 100.ampliat.5. & late de materia Barbos.de appellat.verb.vtriusq. iur. appellat.51.* Y siendo tan vnos los vnõs, y otros Sacerdotes, assi Seculares, como Regulares, y verificandose en qualquiera el Sacerdocio, quando solo fueran semejantes, era facil hazer transito en los Sacerdotes llamados del vn estado al otro, *Castrens.cons.414.n.3.vers. Secundo potest defendi, lib.2.Thusc.litt.S.conclus.248.numer.2.*

92 A que se aduierte, y añade, que el dicho Lic. Francisco Manuel, en la escritura que defiende don Iuan Ossorio, y en su primero testamento, no tuuo determinacion fixa de donde se auia de enterrar, y solo dixo, se dixessen las Missas en la Iglesia, Capilla, ò Conuento de Religiosos, ò Religiosas donde se enterrasse: y assi nunca dixo, hablando de las que las auian de dezir mas que *Sacerdotes*, sin dezir Clerigos, Seculares, ni Regulares, como suspendiendo esta determinacion del estado de los Sacerdotes que auiã de dezir las *Missas*, hasta que hiziesse eleccion de sepultura, para proueer en esto lo mas conueniente, y auiendola hecho vltimamente en este Conuento, donde con efeto se enterro, que hombre cuerdo negarà, fue lo que mas conuino en execucion del nõbramiento que se reseruò, para dezir las Missas los Sacerdotes Religiosos, que nombrò por oficios: porque en esto se juntaron todas las conueniencias que aduertidamente se pudieron considerar? en que estos mismos Religiosos por sus oficios, jamàs puede

de faltar de auerlos en el dicho Conuento, y de assistir en el, y de- zir las Missas donde se enterrò, y juntarse todos quatro comodamente los catorze dias de Fiestas que ordena, sin que la ausencia, enfermedad, viuienda distante, ni inclemencias del tiempo lo puedan embaraçar, como facilmente pudiera suceder en otros Clerigos que quedàran nombrados, ò obteniendo don Iuan Ossorio, pudiera nombrar èl, y sus sucessores, y el cumplir (como cō esto se hizo) mejor con su intento, y con mayor conueniencia de la disposicion del mismo fundador, como lo puede contradezir don Iuan Ossorio por su particular interesse, ò esfuerço en que estriba, quando aun al mas estraño testamentario se le permite, y aun estima el cumplir con ventajas la disposicion que se le encarga de executar, *argum. tex. in l. si vxorem, §. Sceuola, ff. de leg. 3. & in l. post mortem, C, de fideicommis. Ancharran. cons. 202. Abbas cons. 11. dubio 1. vol. 2. Couarr. in cap. tua nobis, num. 8. de testament. Gregor. Lopez in l. 6. tit. 10. glos. 2. in fin. part. 6. Carpio de executorib. vltim. volunt. lib. 3. c. 1. num. 27.*

93 Y vltimamente, como puede don Iuan Ossorio contradezir, que los Sacerdotes que han de dezir las Missas, puedan ser Religiosos, quando el Licenciado Francisco Manuel, en el vltimo testamento q̄ hizo, vsando de la reserua de nombrar los que auian de dezir las Missas, nombrò para mientras viuiessen al Padre M. Fray Francisco de Arcos su sobrino, Pedricador de su Magestad, de la Orden de la Santissima Trinidad: y el dicho don Iuan Ossorio, aunque sin tocarle, tiene aprobado este nombramiento, ò dadosele por si de nueuo, con que se puede dezir por su mismo hecho, que se proprio gladio iugulauit, y que auiēdo aprobado en esta parte su voluntad, no la puede impugunar, *l. reprænhendenda, & ibi glos. verbo comprobati, C. de institut. & substit. l. de quibus, & l. recusari, ff. de acquir. possess. l. cū quæritur, ff. de administr. tutor.* ibi: *Aut in totū agnoscere, aut a toto recedere, l. si ita stipulatio 39.* ibi: *Quia nōdebet ex parte obligationem comprobare, ex parte tanquam de iniqua quæri, ff. de opperis libertor. l. nam absurdum,* ibi: *Nam absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim euertere, ff. de bonis libertor. Ant. Faber in §. si quis postulante, in princ. institut. de action. Caputaquens. decis. 186. num. 2. part. 1. Dom. Solorçan. de Indiar. gubern. lib. 1. cap. 22. numer. 19.* indignidad llamò esta variedad la *l. generaliter, C. de non num. pecun.* ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem cassum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

Con

95 Con que quando no corriera, como parece corre llano el principal discurso de la nulidad de la primera escritura que defiende Don Iuan Ossorio, parece no puede tener dificultad el nombramiento de los dichos Sacerdotes Religiosos, que hizo para dezir las Missas el mismo fundador, y que in vtroque, han de obtener estas partes en su pretension; Et sic pronuntiandum speramus. Salua in omnibus, &c.

Lic. D. Francisco Enriquez de Ablitas.